Das

Verhältnis der Aufrechnung zum Zurückbehaltungsrechte

des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

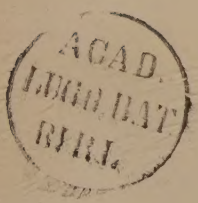
Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Emil Krichel,

Referendar.



AACHEN.

La Ruelle'sche Accidenzdruckerei (Jos. Deterre).

1907.

Referent:

Herr Professor Dr. Matthiass.

Meinem lieben Onkel Laurenz
in Dankbarkeit gewidmet.

Benutzte Literatur.

Baum: Handbuch für Gewerbegerichte, Berlin 1904.

Belkin: Das Zurückbehaltungsrecht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht. (Dissertation), Rostock 1903.

Bleyler: Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des B. G. B. unter besonderer Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwickelung. (Dissertation), Rostock 1905.

Breuer: Das Zurückbehaltungsrecht des B. G. B. (Dissertation), Bonn 1904.

Burchardt: Streitfragen des Arbeitsvertrages, D. J. Z. 1900.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1903/04.

Crome: System des bürgerlichen Rechts, I. Bd., Tübingen 1900, II. Bd. Leipzig 1902.

Dernburg: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Halle 1904.

Deutsche Juristen-Zeitung: Jahrgang 1900—1906.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.

Enneccerus: Das bürgerliche Recht, Marburg 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: 1, 14, 28, 31, 32, 37, 53, 55, 57, 59.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, München 1900.

Friedenthal: Einwendung und Einrede in der C. P. O. und dem B. G. B., Jena 1898.

Fröhlich: Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht, Juristische Wochenschrift 1902.

Fröhlich: Worin liegt das Eigentümliche der Aufrechnung? (Dissertation), Erlangen.

Geiershöfer: Grenzen des Zurückbehaltungsrechts, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906.

Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 26. Juli 1900.

Das Gewerbegericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte, 1899—1906.

Goldmann und Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1904/05.

Gorden: Die Dienstbotenordnung und das B. G. B., hanseatische Gerichtszeitung 1905.
Gruchots: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hartlaub: Der Solutionsgedanke bei der Kompensation. (Dissertation), Freiburg 1902.
Hartmann: Grundzüge der Kompensation nach römischem und gemeinem Recht, einschließlich der Bestimmungen des B. G. B. (Dissertation), Erlangen 1900.
Heilfron: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1905.
Von Hoegen: Die Wirkungen der Verjährung nach dem heutigen bürgerlichen Rechte. (Dissertation), Rostock 1906.
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern 1905.
Juristische Wochenschrift 1897, 1902—1906.
Katter: Das Zurückbehaltungsrecht nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des B. G. B. (Dissertation), Greifswald 1900.
Kohler: Die Aufrechnung nach dem B. G. B., Busch's Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 24.
Lang: Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, München 1906.
Langheinecken: Anspruch und Einrede, Leipzig 1903.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht nach bürgerlichem Recht, München 1906.
Leonhardt: Die Aufrechnung, Göttingen 1896.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902.
Luppe: Das Aufrechnungsverbot in der Praxis, G. G. VIII.
Martinius: Der Leistungsrückstand nach Vorbehaltszahlung der Eventualaufrechnung, Archiv für zivilistische Praxis 97.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1900.
Mensch: Die Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung nach B. G. B. (Dissertation), Rostock 1904.
Mocker: Eventualaufrechnung, Seufferts Blätter 1905.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B.
Mugdan und Falkmann: Rechtsprechung der O. L. G. auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 3—12.
Neumanns: Jahrbücher für das deutsche Recht, 1—4.
Oertmann: Kommentar zum B. G. B., Berlin 1906.
Oertmann: Aufrechnung und Anweisung; Das Recht 1905.
Pappenheim: Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen, Deutsche Jouristen-Zeitung 1902.
Peil: Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach dem gemeinen und bürgerlichen Recht. (Inaugural-Dissertation), Rostock 1904.
Planck: Kommentar zum B. G. B., Berlin 1900.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des B. G. B.

Rech: Das Rechtsverhältnis. (Dissertation), Bonn 1904.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1902.
von Renesse: Das Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nichterfüllten Vertrags. (Dissertation), Leipzig 1906.
Rieger: Das Zurückbehaltungsrecht. (Dissertation), Tübingen 1901.
Richter: Kompensation und Retention. (Dissertation), Greifswald 1895.
Roß: Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht, Juristische Wochenschrift 1902.
Schäfer: Das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht, Jena 1904.
Schlichting: Die Aufrechnung nach B. G. B. (Dissertation), Rostock 1901.
Schollmeyer: Kommentar zum B. G. B., Berlin 1902.
Schönenberg: Die Voraussetzungen der in 273,1 B. G. B. geschaffenen Retentionsbefugnis. (Dissertation), Giessen 1901.
Seuffert's Archiv, Bd. 22.
Sieber: Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899.
Simeon: Recht und Rechtsgang, Berlin 1901.
Sinzheimer: Lohn und Aufrechnung, Berlin 1902.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1899.
Staub: Kommentar zum H. G. B., Berlin 1900.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B., München 1906.
Stölzel: Schulung für zivilistische Praxis, Berlin 1902.
Sydow & Busch: C. P. O., Berlin 1898.
Wagler: Verbot der Aufrechnung bei Lohnforderungen und Zurückbehaltungsrecht, G. G. 1900.
Wallrott: Das Verbot der Aufrechnung gegen Lohnforderungen, Archiv für bürgerliches Recht. (Band 24 und Dissertation), Rostock 1903.
Wameyers Jahrbücher der Entscheidungen.
Weigel: Gegenseitigkeit der Forderungen. (Dissertation), Leipzig 1906.
Weigelin: Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, Hannover 1904.
Weismann: Die Aufrechnung nach B. G. B., Busch's Zeitschrift, Bd. 26.
Weyl: System der Verschuldungsbegriffe im B. G. B. für das deutsche Reich, München 1905.
Wolff: Darf das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden, in denen die Aufrechnung verboten ist? Archiv für bürgerliches Recht, 26.
Zitelmann: Das Recht des B. G. B., allgemeiner Teil 1900.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. **I. Einleitung** 1

§ 2. **II. Wesen, Wirkungen beider Rechte** . . . 2

III. Beschaffenheit der Forderungen.

§ 3. Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht 11

§ 4. Gleichartigkeit bei der Aufrechnung 14

§ 5. Gegenseitigkeit der Forderungen im allgemeinen 17

§ 6. Gegenseitigkeit der Forderungen im Falle der Abtretung 20

§ 7. Gegenseitigkeit im Falle des Vorhandenseins eines Bürgschaftsverhältnisses 25

§ 8. Fälligkeit der Forderungen 27

§ 9. Klagbarkeit der Forderungen im allgemeinen 30

§ 10. Klagbarkeit der Forderungen im Falle, daß eine Forderung verjährt ist 32

§ 11. Klagbarkeit der Forderungen beim Vorliegen einer Bedingung 34

§ 12. **IV. Verhältnis des § 394 zu 273** 36

§ 13. **V. Untergang beider Rechte** 47

§ 14. **VI. Schluss** 49

I. Einleitung.

§ 1.

Im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich sind als Sicherungsmittel für die Gegenansprüche desjenigen, der eine Leistung schuldet, die Vorschriften über die Aufrechnung und das Zurückbehaltungsrecht ausgebildet. Beide Begriffe sind vollständig getrennte und selbständige Rechtsgebilde. Es ist allerdings behauptet worden, die Zurückbehaltung sei nur eine Form der Aufrechnung oder Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht ständen zueinander im Verhältnis des Mehr und des Mindern. (Urteil des K. G. vom 3. III. 03, Baum, S. 366) Das ist in der Allgemeinheit nicht richtig, wenn allerdings in einzelnen Beziehungen beide Begriffe in einem so engen Verhältnis stehen, daß man sagen kann, Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht ist praktisch dasselbe.

II. Wesen, Wirkungen beider Rechte.

§ 2.

Ob man die Aufrechnung einem bestimmten Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches unterstellen kann, ist zweifelhaft. Gegen die Auffassung, sie sei Zahlung oder eine Unterart der Zahlung, spricht der Umstand, daß das Charakteristische der Zahlung in einem Geben und Nehmen von etwas wirtschaftlich Vorhandenem besteht. Bei der Aufrechnung wird aber das Hin- und Hergeben erspart. Sie ist auch keine abgekürzte Zahlung, da nicht bloß die Übergabe eines Leistungsgegenstandes vermieden wird, sondern ein Leistungsgegenstand überhaupt bei keinem Teile vorhanden zu sein braucht. (Weigelin § 4.) Beide setzen außerdem ebenso „die Leistung an Erfüllungsstatt“ und „die Anweisung“ eines Kontraktverhältnisses voraus; die Aufrechnung ist aber ein einseitiges Rechtsgeschäft. Aufrechnung und Anweisung sind zudem in Voraussetzungen und Wirkungen vollständig verschieden. Ich weise nur darauf hin, daß Anweisung einen schriftlichen Antrag voraussetzt, während die Aufrechnung durch mündliche Erklärung erfolgt und erinnere ferner an die rückwirkende Kraft der Aufrechnung. (Vergl. hierzu Oertmann: „Aufrechnung und Anweisung“ in „Das Recht“ 1905, 33 ff.) Die Stelle, die der Gesetzgeber der Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch angewiesen hat, läßt meiner Ansicht nach darauf schließen, daß er sie als selbständiges Gebilde hat regeln wollen. Er hat die Vorschriften über die Aufrechnung unter einem besonderen Titel unter dem Ab-

schnitte „Erlöschen der Schuldverhältnisse“ untergebracht. So verschieden auch die Ansichten über den Begriff der Aufrechnung sind, so stimmen doch alle darin überein, daß die Aufrechnung wie Erfüllung wirkt. Sie bewirkt nämlich, daß das Schuldverhältnis ipo jure erlischt. Laut § 388 und 389 B. G. B. erfolgt die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile mit der Wirkung, daß die Forderungen in dem Zeitpunkte als erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Diese Erklärung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Für dieses gelten demgemäß, insbesondere hinsichtlich der Frage, in welchem Zeitpunkte sie wirken wird, die allgemeinen für einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften. Ein Widerruf hat nur Wirksamkeit, wenn derselbe spätestens mit der Erklärung der Aufrechnung dem anderen Teile zugeht. Auf den Wortlaut der Erklärung kommt selbstverständlich nichts an; es muß nicht gerade das Wort „Aufrechnen“ gebraucht sein; es genügt, wenn nur der Wille „aufzurechnen“ aus der Erklärung erhellt. (Weismann, S. 17, vergl. B. G. B. 130—132.) Das B. G. B. vertritt unzweifelhaft den Standpunkt, daß in der Regel die beiden Forderungen sich noch in dem Augenblicke des Aufrechnungsvollzuges (wo also der Berechtigte die Aufrechnungserklärung abgibt) vollwirksam und aufrechnungsfähig gegenüberstehen müssen, und daß es nicht genügt, wenn sie zur Zeit der Begründung der Aufrechnungsbefugnis (Aufrechenbarkeit) vollwirksam und aufrechnungsfähig bestanden haben. Es hat aber auch diese Regel, wie später noch näher dargelegt wird, aus Billigkeitsrücksichten durch Ausnahmen unterbrochen und in einzelnen Fällen — eine Ausdehnung der Fiktion des § 389 — die Aufrechnung zugelassen, auch wenn zur Zeit des Aufrechnungsvollzuges die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht mehr vorhanden waren, falls sie nur früher einmal bestanden hatten, so besonders § 390, Abs. 2, § 406. (O. L. G. 10, 214.) Abgesehen von diesen Ausnahmefällen sind also streng zu unterscheiden:

1. der Augenblick, in dem die Forderungen zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertreten, das heißt, der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit, und

2. der Augenblick, in dem der Aufrechnungsberechtigte die Aufrechnungserklärung abgibt. Es entsteht daher die Frage: heben sich die Forderungen bereits in dem Augenblicke auf, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertreten unter der Voraussetzung, daß nachträglich die Aufrechnungserklärung erfolgt, oder bewirkt erst die Erklärung die Tilgung, während das bloße Gegenüberstehen die Forderungen unberührt läßt. Kohler Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 24, S. 1 ff.) gibt den Gegensatz dahin an, daß erstere Theorie die Aufrechenbarkeit als Ursache, die Erklärung als Bedingung ansieht, hingegen die zweite Theorie die Erklärung als Ursache, die Aufrechenbarkeit als Bedingung betrachtet. Vertreter der ersteren Ansicht sind vornehmlich Kohler, Oertmann (Vorbemerkung 2b vor 387), Endemann (Lehrbuch I, § 144), der zweiten Crome (§ 199, II), Staudinger (§ 389), Planck (Vorbem. 2 und 3 vor § 387), Matthiass (§ 95, III D). Aus dem B. G. B. rechtfertigen läßt sich meines Erachtens erstere Theorie nicht. Zunächst kann kein Zweifel darüber sein, daß man dem Gesetze die II. Konstruktion hat zugrunde legen wollen. Dies ergeben klar die Motive (II, 106 ff.), nach denen der Erklärende durch seine eigene Willenserklärung die Forderungen zum Erlöschen bringt; „die rückwirkende Kraft stehe zwar mit dieser Auffassung nicht im Einklange, müsse aber im Wege positiver Satzung durch eine juristische Fiktion vorgeschrieben werden, weil sonst der praktische Wert des Rechtsinstituts der Kompensation verkümmert werde". (104). Dieser Konstruktion ist die zweite Kommission beigetreten. (Protokolle I, 366, 367.) Es muß aber auch anerkannt werden, daß diese Auffassung im Gesetze selbst einen zuverlässigen Ausdruck gefunden hat (Goldmann § 113 A, I); denn welchen Zweck hätte § 389 B. G. B., wenn die Aufrechenbarkeit die Tilgung bewirkt? Wenn eben in dem Augenblicke der Aufrechenbarkeit die Forderungen untergehen, dann ist es selbstverständlich,

daß auch von diesem Augenblicke an die Wirkungen der Tilgung eintreten. Dies in einem besonderen Paragraphen zu sagen, ist dann vollständig überflüssig. Auch können die Vertreter ersterer Ansicht nicht den § 554 B. G. B. erklären. Nach diesem Paragraphen ist es dem Mieter, dem wegen Rückstandes mit dem Zahlen der Miete gekündigt wurde, durch unverzügliche Aufrechnungserklärung möglich, die Beseitigung der Verzugsfolgen herbeizuführen. Es ist damit aber keineswegs gesagt, daß überhaupt kein Verzug vorgelegen habe. Würde bereits die Aufrechenbarkeit die Forderung zum Erlöschen bringen, so hätte der Mieter überhaupt nicht in Verzug kommen können. Diese beiden Punkte sprechen gegen die Richtigkeit der zuerst erwähnten Ansicht, lassen sich aber anderseits sehr zugunsten der zweiten Ansicht verwerten. Ich schließe mich auch dieser Ansicht an. Es ergibt sich ferner dann sofort, daß die Aufrechnung niemals eine Einrede erzeugen kann; denn vor der Erklärung üben die beiden Forderungen keinen Einfluß aufeinander aus, mit der Erklärung werden sie sofort getilgt. (Vergl. Crome § 191, II.) Da also demnach der Zustand der Aufrechenbarkeit bis zur Erklärung beide Forderungen unberührt läßt, können sie jede Änderung erfahren.

Über den Begriff des Zurückbehaltungsrechts weist die neue Literatur keine so große Verschiedenheit auf. Das Zurückbehaltungsrecht ist ein Recht des Schuldners, die geschuldete Leistung wegen einer ihm aus demselben rechtlichen Verhältnis wider seinen Gläubiger zustehenden fälligen Forderung so lange zu verweigern, bis ihm der Gläubiger die ihm zukommende Leistung bewirkt. (Schollmeyer zu § 273). Es ist ein Recht des rechtlichen Könnens (Zitelmann S. 22, S. 28) und gehört in der weiten Klasse der Kannrechte dem engeren Kreis der Einrederechte zu; es steht demnach dem Berechtigten eine verzögerliche Einrede zu, die sowohl dinglichen, wie obligatorischen Ansprüchen entgegengesetzt werden kann. Über das Eigentümliche der Wirkung der verzögerlichen Einrede des Zurückbehaltungsrechts vergleiche § 274,1.

Während, wie ausgeführt, die Aufrechnung eine direkte Befriedigung des Gläubigers bezweckt, geht das Zurückbehaltungsrecht nicht so weit. Sein Erfolg ist die zeitweise Reaktionsunfähigkeit des vom Gegner erhobenen Anspruchs; bezweckt ist aber ein Anderes, nämlich die Sicherung des Anspruchs, der dem Zurückhaltenden gegenüber dem Zurückhaltungsgegner zusteht und die Nötigung des Gegners, diesen Anspruch zu erfüllen. Im Gegensatz zur endgültigen Maßregel der Aufrechnung schließt das Zurückbehaltungsrecht immer ein Provisorium in sich. Die Sicherung des Anspruchs wird erreicht durch die Aufrechterhaltung der bisherigen tatsächlichen Vermögenslage; der Schuldner behält das Objekt seiner Leistungspflicht in Händen und hat die Möglichkeit, zum Zwecke seiner künftigen Befriedigung, die Forderung des Gläubigers an ihn mit Arrest belegen zu lassen. Zugleich wird auf den Gläubiger, der weiß, daß er nur gegen das Opfer eigener Erfüllung Befriedigung erlangt, ein Druck ausgeübt, der um so empfindlicher ist, je mehr Bedeutung von seiner Seite der ausstehenden Leistung beigemessen wird. (Rieger S. 9.) Einige (Planck § 273,2, Cosack § 88,2c, Schlegelberger § 6, S. 3) wollen in dem Zurückbehaltungsrecht nur ein Sicherungsmittel sehen. Allerdings ist es nicht ein Zwangsmittel in dem Sinne, daß es dem Schuldner ermöglicht, exekutorisch gegen den Gläubiger vorzugehen; es stellt ihn, wie von Renesse (S. 7) sagt, vor die Alternative, entweder den Schuldner zu befriedigen und hiermit auch die Erfüllung der eigenen Forderung zu erwirken oder auf die Befriedigung jener Verzicht zu leisten. Selbstverständlich sind Fälle denkbar, wo das Zurückbehaltungsrecht nur einen Sicherungszweck hat, aber auch in diesen Fällen kann es sich jederzeit als Zwangsmittel zeigen. Hinterlegtes Geld beispielsweise, welches Zinsen bringt und sicher angelegt ist, braucht für den Gläubiger kein Zwangsmittel zur Erfüllung der Gegenleistung zu sein. Wenn er aber nun dieses Geld nötig hat, so wird er doch gezwungen, seine Leistung zu bewirken, um das vom Schuldner zurückbehaltene Geld zu erhalten. Es betonen auch die Mo-

tive II, 43 (Protokoll I, 311), daß das Zurückbehaltungsrecht wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen soll. Zudem müssen die Vertreter der anderen Ansicht zugeben, daß in den §§ 320 ff., die doch nur einen Anwendungsfall von 273 darstellen, immer ein Zwang ausgeübt wird. Zwar ist die Frage, ob die §§ 320 ff. unter § 273 fallen, bestritten. Richtig ist, daß der Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche bei den gegenseitigen Verträgen viel fester ist, als beim gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht; aber daraus ergibt sich nur die Möglichkeit einer schärferen Einwirkung der Einrede des nichterfüllten Vertrages, wie sie der Gesetzgeber in der Tat in Abs. 1, Satz 3, im Gegensatz zu § 273 anwendet: „Nichtabwendbarkeit durch Sicherheitsleistung". Dem Charakter der Contractus bilaterales æquales entspricht es vollständig, daß hier so geleistet wird, wie verabredet ist, daß der eine Teil nur zu liefern braucht, wenn er das ihm Versprochene erhält, und daß er seine Leistungen verweigern darf, wenn er nicht die gleichwertige Gegenleistung so, wie sie ihm geschuldet wird, empfängt. Daß aber das Gesetz ausdrücklich § 273,3 nicht auf § 320 angewendet wissen will, läßt erkennen, daß im übrigen die Bestimmungen des § 273 Anwendung finden, daß also 320 ein Spezialfall von 273 ist. (Vergl. Staudinger 273,1 b, Geiershöfer S. 354, Simeon § 43,1, Oertmann § 273,1 a, Planck § 273,1 a; u. A. Schollmeyer Vorbemerkung zu 273, Langheinecken § 19,4.) Ein weiterer Anwendungsfall von 273 ist § 1000. Allerdings ist auch dies, wie überhaupt die Frage, ob es im B. G. B. ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht gibt, bestritten. Für ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht spricht aber zuerst, daß hinter § 273 das Wort „Zurückbehaltungsrecht" eingeklammert ist. Hieraus geht äußerlich hervor, daß § 273 das ganze Zurückbehaltungsrecht hat regeln wollen. Die Entwickelungsgeschichte dieses § 273 zeigt uns aber auch, daß diese Einklammerung mit voller Absicht geschehen ist. Die Verfasser des ersten Entwurfs des B. G. B. hielten es für gut, ausdrücklich auszusprechen, daß die Vorschriften der §§ 234, 235 in allen Fällen gelten sollen, wo im Gesetz-

buch dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht zusteht, gleichgültig, in welchem Teile des B. G. B. dies geschehe. Daher schuf man den § 236 des Entwurfs, der heißt: „Die Vorschriften der §§ 234, 235 gelten in allen Fällen, in denen das Gesetz dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht beilegt". Die Kommission für die zweite Lesung beschloß jedoch die Streichung des § 236, weil durch die Einklammerung des Wortes „Zurückbehaltungsrecht" am Ende der angenommenen Fassung des § 233, der Begriff zu einem terminus technicus erhoben sei, und hieraus die Anwendbarkeit der §§ 234, 235 in allen Fällen, in denen das Gesetz das Zurückbehaltungsrecht gewähre, zur Genüge erhelle. Wenn man nun ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht hat schaffen wollen, so fragt man sich, weshalb hat man dasselbe dann nicht im Allgemeinen Teil des B. G. B. geregelt? Ein diesbezüglicher Antrag ist auch von der Minderheit gestellt worden. Dem setzte die Mehrheit aber entgegen: „Die Verweisung in den Allgemeinen Teil unterliege dem Bedenken, daß, wenn schon im Obligationsrecht das Zurückbehaltungsrecht für solche Fälle ausgeschlossen werden müsse, in denen die Ausübung desselben dem Inhalte des Schuldverhältnisses zuwiderlaufe, eine solche Verallgemeinerung nicht ratsam erscheine. Der Entwurf habe es deswegen vorgezogen, außerhalb des Gebietes des Obligationenrechts das Zurückbehaltungsrecht für diejenigen Verhältnisse, in denen es stattfinden soll, durch besondere Vorschriften zu ordnen". (Mugdan S. 526.) Kurz vorher heißt es aber: „In systematischer Beziehung sei zuzugeben, daß sich das Zurückbehaltungsrecht nicht auf das Gebiet des Obligationenrechts beschränke, aber die Erstreckung der für Forderungsrechte gegebenen Vorschriften auf andere Ansprüche sei nicht etwas dem Zurückbehaltungsrecht Eigentümliches; die analoge Anwendung auf andere Ansprüche komme vielmehr bei allen allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse in Frage. Bei Beratung des Sachenrechts werde zu erwägen sein, ob die Zulässigkeit ihrer analogen Anwendung für die dinglichen Ansprüche ausdrücklich ausgesprochen werden soll." Mit Recht be-

merkt hierzu Schlegelberger (§ 6, S. 94, 95), daß die Kommission damit absolut nicht ihren Standpunkt klargelegt hätte. Denn fest steht nur, daß das Zurückbehaltungsrecht dem Obligationenrecht eingeordnet bleiben solle. Man wußte also noch nicht, wie man sich zu einer eventuellen Anwendbarkeit auf das Sachenrecht stellen werde. Wollte man für das Sachenrecht ein neues Zurückbehaltungsrecht schaffen, weshalb sollte man dann noch eine ausdrückliche Erklärung der analogen Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Zurückbehaltungsrechts in Erwägung ziehen, und umgekehrt, wenn man die Analogie anerkennen wollte, warum sollten dann die einzelnen Zurückhaltungsrechtsfälle noch besonders geregelt werden? Wenn man allerdings anderseits in Betracht zieht, mit welcher Begründung — wie bereits ausgeführt wurde — die Kommission den § 236 gestrichen hat, so ergibt sich doch daraus meiner Ansicht nach unzweifelhaft, daß man kein neues sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht hat schaffen wollen, und da kein sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht gegeben worden ist, so hat man durch Schaffung des § 1000 nur ausdrücklich die Zulässigkeit analoger Anwendung für die dinglichen Ansprüche aussprechen wollen. (Vergl. Motive III, S. 420.) Da dem Besitzer wegen seiner Gegenansprüche das Zurückbehaltungsrecht zugesprochen ist, so finden auf das Verhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer die Vorschriften der §§ 233 bis 335 über das Zurückbehaltungsrecht entsprechende Anwendung. „Allerdings stimmt § 1000 fast wörtlich mit § 273,2 überein, und man fragt sich eigentlich vergeblich, weshalb die Bestimmungen des § 273,2 sich noch einmal im Sachenrecht finden. Die Begründung der Motive (III, S. 416) damit, „daß die Beseitigung eines jeden möglichen Zweifels zweckmäßig erscheine“, ist nicht recht verständlich, und richtig bemerkt hierzu Stammler (§ 30), daß jede Andeutung darüber fehle, wodurch ein Zweifel über diese in sich ganz klare Sache leicht verursacht werden könnte. Wie gesagt, sollte also der § 1000 lediglich ein Anwendungsfall von § 273,2 sein, der seiner praktischen Bedeutung wegen noch einmal besonders im

Sachenrecht hervorgehoben worden ist. Anderseits hat der Umstand zu dem Streite beigetragen, daß in den Motiven steht, es handele sich für das B. G. B. nur um Anerkennung und Ordnung des obligatorisch wirkenden Zurückbehaltungsrechts. Diese Worte bilden aber kein Grund für die Annahme, daß § 273 nur für das Obligationsrecht da sei; denn wie Crome (§ 2, S. 546) ausführt, soll die Bezeichnung „obligatorisches oder obligatorisch wirkendes Zurückbehaltungsrecht" nur den Gegensatz zu den qualifizierten Retensitionsrechten andeuten, von denen besonders in den §§ 369 bis 372 H. G. B. die Rede ist, und die gerade einige Zeilen vorher an jener Stelle in den Motiven berührt wurden". Klar spricht dies auch eine Entscheidung des R. G. aus (Bd. 59, S. 202), wo es heißt: Allein nicht ohne Absicht hat der Gesetzgeber in § 273 sich des allgemein gehaltenen Ausdrucks „rechtliches Verhältnis" bedient. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht auf das Gebiet des eigentlichen Obligationenrechts beschränkt sein solle, sondern auch auf Ansprüche Anwendung finde, die aus anderen vom Recht geordneten Verhältnissen hervorgehen. Darüber, daß die Stellung des § 273 im System des B. G. B. nicht zu Einschränkung der Zurückbehaltungsbefugnis nötigen solle, habe schon bei den Vorberatungen des Gesetzes Einverständnis geherrscht. (Protokolle der zweiten Kommission, Bd. I, S. 312.)

III. Beschaffenheit der Forderungen.

§ 3.

Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht.

Was nun die Voraussetzungen für Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht angehen, so sind beide in einem wesentlichen Punkte durchaus verschieden. Die Aufrechnung sieht von dem Erfordernisse der Konnexität der Ansprüche ab, verlangt dagegen Gleichartigkeit derselben, umgekehrt das Zurückbehaltungsrecht. Beim Zurückbehaltungsrecht wird keine Gleichartigkeit der Ansprüche gefordert, weil Sicherung und nicht Befriedigung verlangt wird. Bei gleichartigen Ansprüchen braucht es nicht zur Retention zu kommen, da jeder Teil in der Lage ist, vermittels der Aufrechnung die eigene und die gegnerische Forderung endgültig aus der Welt zu schaffen, während das Zurückbehaltungsrecht, wie ausgeführt, nur einen vorläufigen Zustand schafft. Allerdings ist die Frage, ob in § 272,1 und 273,2 begrifflich dieselbe Konnexität verlangt werde, bestritten und zwar aus dem Grunde, weil das B. G. B. leider keine genaue Abgrenzung des Konnexitätbegriffes gegeben hat. An der betreffenden Stelle steht in den Motiven: „Der Entwurf hütet sich, das Erfordernis der Konnexität durch spezielle Beschreibung oder Aufstellung von Kategorien näher zu präzisieren. Der Richter soll unbehindert sein, im Einzelfall durch Prüfung zu entscheiden, ob ein Retentionsrecht begründet ist oder nicht.“ Wenn aber die Motive betonen, daß der Fall, wo die Verpflichtung auf Herausgabe eines Gegenstandes ge-

richtet ist, dem Verpflichteten in Ansehung seines Anspruchs wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch den Gegenstand ihm zugefügten Schadens, immer das Retensionsrecht zustehen solle, weil hier immer Konnexität im Sinne des Gesetzes anzunehmen sei, so geht daraus hervor, daß in § 273,2 nur Anwendungsfälle von § 273,1 aufgeführt sein sollen. Dies ist jedoch bestritten, und es stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Die Vertreter der einen (Staudinger § 273 I 1, Simeon § 43,2, Matthiass § 69 I B,) wollen in § 273 eine Konnexität kraft Gegenstandes von einer solchen kraft Rechtsgrundes unterscheiden, wie Schlegelberger (§ 6, S. 84) richtig sagt, während die anderen (Oertmann § 273,1 a, Planck § 273 I, Schollmeyer § 273,1 a und andere) meines Erachtens mit Recht den Standpunkt vertreten, daß in § 273, Abs. 1 und 2, begrifflich dieselbe Konnexität vorhanden sei. Wenn diese Ansicht richtig ist, muß sich zeigen lassen, daß in den in Absatz 2 angeführten Fällen ein Zurückbehaltungsrecht auch dann gegeben ist, wenn der Absatz 2 gar nicht vorhanden wäre. Und zu diesem Ergebnis kommt man, wenn man das Wort „rechtliches Verhältnis", das im B. G. B. an Stelle des Fremdwortes „Konnexität" steht, in der richtigen Weise ausgelegt. Die Vertreter der zuerst erwähnten Ansicht halten, wie es scheint, „rechtliches Verhältnis" identisch mit „Rechtsverhältnis". Dagegen sagt Planck (zu § 273): „Es kommt darauf an, ob das Verhältnis, auf dem die beiderseitigen Ansprüche beruhen, nach der Auffassung des Verkehrs und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als ein Einheitliches anzusehen ist. Dernburg (§ 58,3) spricht von einem „einheitlichen Lebensverhältnisse". Oertmann (zu § 273) sagt: „Es kann für die Frage, ob die beiderseitigen Ansprüche aus demselben Tatbestand, demselben Lebensverhältnis entspringen, nicht auf die Identität der Merkmale, sondern nur auf die des Zweckes ankommen. Eingehend und zutreffend hat sich über den Begriff „Rechtsverhältnis" Rech geäußert: „Seine Ansicht (S. 12), „rechtliches Verhältnis" und „Rechtsverhältnis" sei dasselbe, wie auch Bleyler (S. 34) annimmt, kann ich indessen nicht

billigen, denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber dann in 273 den Ausdruck „rechtliches Verhältnis“ gewählt hat.“ (Vergl. auch Langheinecken, 327 ff. aus demselben „rechtlichen Verhältnis“ nichts weiter als aus „demselben Rechtsverhältnis“. Es umfaßt auch die Fälle, wo die eine Verpflichtung nur in Anlaß desselben Rechtsverhältnisses aus einem anderweitigen Tatbestande entstanden ist.) Riegers Ansicht (S. 27), rechtliches Verhältnis sei identisch mit Schuldverhältnis, ist auch nicht richtig. (Vergl. hierzu Schönenberg.) Gegen Rieger spricht vor allem, daß der Gesetzgeber in 273 das Wort „Schuldverhältnis“ gebraucht. Wären beide Ausdrücke identisch, so wäre dies vermieden worden; denn man kann nicht annehmen, daß zwei verschiedene Ausdrücke, die den nämlichen Sinn haben, nur der Abwechselung halber in demselben Paragraphen gesetzt sind. Eine klare Definition des Wortes „rechtliches Verhältnis“ wird sich schwerlich finden lassen; denn sonst hätte der Gesetzgeber uns eine gegeben. Steht doch schon in den Protokollen I, 312: „Die Abgrenzung des Begriffes der Konnexität bereite allerdings unter Umständen Schwierigkeiten, denen das Gesetz, ohne kasuistische Vorschriften zu treffen, nicht abhelfen könne. Die C. P. O. habe sich durch die nämlichen Schwierigkeiten, welche der Begriff des „rechtlichen Zusammenhanges“ biete, nicht abhalten lassen, diesen Begriff in § 136,2 zu verwenden. Eine Definition kann aber auch nur zu leicht den Richter binden. Dieser ist jetzt in seiner Entscheidung unabhängig. Er wird ein Zurückbehaltungsrecht jetzt auch dann gestatten, wenn streng genommen kein einheitliches juristisches Rechtsverhältnis vorliegt, wenn aber nach Ansicht der Laien ein einheitliches Lebensverhältnis gegeben ist. Mit Recht ist auch in der Rechtsprechung angenommen, daß unter demselben „rechtlichen Verhältnis“ nicht nur ein bestimmtes, einzelnes, rechtsgeschäftliches Verhältnis zu verstehen ist, aus dem Leistung und Gegenleistung in gegenseitiger Bedingtheit geschuldet werden, daß darunter vielmehr auch die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhält-

nisses falle. Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 57, S. 57) führt aus: „Unter Konnexität sei nicht die kontraktliche gegenseitige Bedingtheit der Leistung und Gegenleistung, sondern die natürliche, gewollte, oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses zu verstehen, welche nicht minder wie die rechtliche gegenseitige Bedingtheit es als gegen Treu und Glaube verstoßend erscheinen lasse, wenn der eine Interessent von dem anderen die Leistung verlange, die von ihm geschuldete Leistung aber seinerseits nicht gewähren wolle. Es komme also darauf an, ob Leistung und Gegenleistung aus einem innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnis entsprängen und sich darauf bezögen, und ob bezüglich der fraglichen Rechtsgeschäfte ein natürlicher Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche vorliege.“ Ebenso Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 59, S. 202), „auch bezüglich der Identität des Rechtsverhältnisses (aus demselben rechtlichen Verhältnis), auf dem die Leistungsverpflichtung des Schuldners und zugleich sein fälliger Gegenanspruch an den Gläubiger beruhen müsse, dürften nicht allzustrenge Vorschriften gestellt werden.“ (Vergl. ferner R. G. B., Bd. 14, S. 233, O. L. G. Hamburg, vom 26. 10. 1901, Bd. III, S. 354, ferner Breuer S. 83, Staudinger zu § 273, Neumans Jahrbücher zu § 273.)

§ 4.

Gleichartigkeit der Forderungen bei der Aufrechnung.

Während so, selbst bei weiter Auslegung des Wortes „rechtliches Rechtsverhältnis“ der Anwendungskreis des Zurückbehaltungsrechts immerhin noch sehr eingeschränkt ist, ist die Aufrechnung in weit mehr Fällen statthaft. Verlangt wird nur Gleichartigkeit der Ansprüche. Die Aufrechnung bezweckt nämlich nicht zuletzt, ein wirtschaftlich nutzloses und für die Beteiligten lästiges Hin- und Hergeben von Sachgütern zu ersparen. Um ein nutzloses Hin- und Hergeben kann es sich aber nur bei gleichartigen Leistungen handeln; denn wenn beispiels-

weise A. dem B. ein Pferd und B. dem A. eine Geldsumme schuldet, würde die Aufrechnung nicht am Platze sein. Gegen eine Kaufgeldforderung kann nicht ein Anspruch auf Gewährung eines zugesagten Darlehens aufgerechnet werden. Die Verpflichtung des Käufers ist eine Geldschuld, während die Darlehenszusage die Verpflichtung zum Abschlusse des Darlehensvertrages begründet. (Dernburg § 126, Abs. 7.) Wird daher eine Aufrechnung erklärt, bevor die Leistungsgegenstände gleichartig sind, so hat die Erklärung keine Wirkung. Es genügt auch nicht die Möglichkeit, daß die Gegenforderung sich in einen gleichartigen Anspruch verwandeln kann. (J. W. 1897, S. 178.) Anderseits ist nicht erforderlich, daß die Forderungen bereits gleichartig waren, bevor die Aufrechnungserklärung erfolgte. Aus welchen Rechtsgründen die aufzurechnenden Forderungen entstanden sind, ist regelmäßig gleichgültig. Dingliche Ansprüche können, wenn sie in Geldforderungen übergegangen sind, gegen persönliche Geldforderungen aufgerechnet werden. (Weigelin, § 13.) Welcher Art die Forderungen sind, ist ohne Bedeutung. Aufgerechnet werden können gegenseitig geschuldete Handlungen, wenn es auf die Person des Handelnden nicht ankommt; dagegen dürfte die Aufrechnung, die auf ein persönliches Handeln gerichtet ist, in der Praxis nicht vorkommen. Recht hat Sieber (§ 13), der sowohl eine Aufrechnung zwischen Forderungen auf Leistungen ohne Vermögenswert ausschließt, da den ideellen Interessen solcher Forderungen nur durch Erfüllung genügt wird, als auch eine Aufrechnung zwischen Forderungen auf ein Unterlassen, da beiderseitiges Zuwiderhandeln nie den gleichen Erfolg hat, wie beiderseitiges Unterlassen. In der Regel werden ferner die geschuldeten Leistungen vertretbar und teilbar sein. Nicht gefordert wird, daß die Forderungen gleich hoch sind. Bei der Aufrechnung muß sich der Gläubiger Teilleistungen gefallen lassen. Damit macht § 389 einen wichtigen Unterschied zwischen Zahlung und Aufrechnung. Auch Wahlschulden können aufgerechnet werden, vorausgesetzt natürlich, daß durch

die Vornahme der Wahl eine Gleichartigkeit zwischen beiden Forderungen hergestellt wird. Liegt nun eine Wahlschuld vor, so hat man sogar meines Erachtens in Zweifel in einer Aufrechnungserklärung die Vornahme einer Wahl zu sehen. In diesem Falle ist also der Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit derselbe, wie derjenige der Erklärung. Wird auf der einen Seite eine Speziessache, auf der anderen eine Genussache geschuldet, so kann der Schuldner der Speziessache immer aufrechnen, während der Schuldner der Genussache nur aufrechnen kann, wenn ihm die Wahl des zu liefernden Gegenstandes zusteht. Stehen auf beiden Seiten Gattungsforderungen gegenüber, sind die Gattungen aber verschieden begrenzt, so kann nur die engere gegen die weitere aufgerechnet werden. Forderungen auf Sachen von geringerer Beschaffenheit können nicht gegen solche auf Sachen derselben Gattung, aber von besserer Beschaffenheit aufgerechnet werden. Ob das Umgekehrte statthaft ist, hängt davon ab, ob der Gläubiger anstatt der geringeren auch die bessere Ware zur Erfüllung anzunehmen verbunden ist. Nur wo dies der Fall ist, kann aufgerechnet werden. (Sieber, § 13.) Anders liegt jedoch die Sache dann, wenn die auf die geringere Qualität gerichtete Schuld so gemeint ist, daß mindestens diese Qualität zu leisten, dagegen der Schuldner auch berechtigt sein soll, eine bessere Qualität zu liefern. (Weigelin, § 9.) Wie § 391 bestimmt, läßt eine Verschiedenheit des Ortes der zu liefernden Sachen die Aufrechnung unbeschränkt zu. Immerhin jedoch gewährt die Aufrechnung in diesem Falle nicht die volle Leistung. Der Gläubiger erhält sie eben nicht an dem Orte, an dem er sie beanspruchen kann. Infolgedessen bestimmt § 391,2, daß der Aufrechnende allen Schaden, der durch die unterlassene Leistung an dem bestimmten Orte entstanden ist, zu tragen hat; vorausgesetzt ist dabei natürlich Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Nichtempfangen der Leistung an dem bestimmten Ort. Auch ist die Verweisung Fischer-Henles auf § 254, Anm. 2, zu beachten, wonach der aufrechnende Teil unter Umständen für den

Schaden, den der andere erleidet, nicht aufzukommen hat, nämlich dann nicht, wenn den anderen Teil ein Verschulden trifft. Noch weniger als die Verschiedenheit des Ortes hebt die Verschiedenheit der Zeit die Gleichartigkeit auf, wenn Gleiches hier möglicherweise an den Voraussetzungen der Fälligkeit oder den der Bewirkbarkeit der Leistungen fehlen wird. Ist für die Erfüllung ein bestimmter Ort in Verbindung mit einer bestimmten Zeit vereinbart, dann ist im Zweifel anzunehmen, daß von den Beteiligten das tatsächliche Bewirken der Leistungen unter Ausschluß der Aufrechnung gewollt sei.

§ 5.

Gegenseitigkeit der Forderungen im allgemeinen.

Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung stimmen darin überein, daß sie Gegenseitigkeit der Ansprüche fordern.

Aufrechnungsfähig sind alle Forderungen mit einigen später zu erwähnenden Ausnahmen. Gleich ist, ob die Ansprüche aus einem dinglichen, Familien- oder erbrechtlichen Verhältnisse entstanden sind; notwendig ist nur, daß sie gleichartig sind. Beim Zurückbehaltungsrecht ist ein kleinerer Anwendungskreis gegeben, da hier Konnexität verlangt wird. Der Hauptfall einer doppelseitigen Verpflichtung ist der gegenseitige Vertrag. Beim Kaufvertrage z. B. ist jeder Teil Gläubiger und Schuldner; der eine Gläubiger auf die Ware und Schuldner auf das Geld, der andere umgekehrt. Neben den gegenseitigen Verträgen kommt es auch häufig vor, daß dem aus einem Schuldverhältnisse Verpflichteten gegen den Berechtigten Gegenansprüche zustehen, die aus demselben Rechtsgrunde, wie der Hauptanspruch entstehen. Um das Zurückbehaltungsrecht für möglichst viele Fälle zu geben, hat der Gesetzgeber in § 273 B. G. B. den ursprünglichen Ausdruck „Zurückbehalten“ durch „Verweigern“ ersetzt. Daraus ergibt sich, daß das Zurückbehaltungsrecht neben der Zurückbehaltung von Sachen auch in einem Verweigern von Leistungen, ja selbst von Unterlassungen bestehen

kann. Die Leistung, deren Verweigerung der retentionsberechtigte Schuldner ablehnen darf, braucht nicht notwendig in der Herausgabe einer Sache zu bestehen, vielmehr kann es auch eine Willenserklärung, sei es allein (z. B. Löschungsbewilligung), oder in Verbindung mit der Übergabe einer Sache (z. B. Eigentumsübertragung, Abtretung einer Forderung nebst Schuldurkunde), oder selbst eine bloße Unterlassung sein, die zurückzubehalten ist. (Langheinecken § 9,2, R. G. E., Bd. 59, S. 202.) Allerdings wendet sich gegen letztere Ausdehnung des Retentionsbegriffes sehr nachdrücklich Seuffert (S. 16): „Unter dem Zurückbehalten eines „facere“ könne man sich schließlich noch etwas denken; aber wie sich das Zurückbehaltungsrecht an einem geschuldeten „non facere“ praktisch gestalten könne, darüber würde man sich vergeblich den Kopf zerbrechen.“ Seufferts Ansicht scheint mir unrichtig zu sein, wenn ihm auch zugegeben werden muß, daß in der Praxis ein Zurückbehaltungsrecht an einem „non facere“ nicht häufig vorkommen wird. Allein dieser Umstand steht der Tatsache, daß die Unterlassung als Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts denkbar ist, nicht entgegen. Selbst wenn wir, wie Lehmann (305) treffend ausführt, nicht wüßten, daß die II. Kommission das „Zurückhalten“ des § 233 des I. Entwurfs durch Verweigern des § 273 B. G. B., zu dem ausgesprochenen Zwecke ersetzt hätte, um einen Zweifel in dieser Richtung auszuschließen, müßte die Entscheidung zugunsten der Unterlassung ausfallen. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an einem „non facere“ gestellt sich ganz so wie beim „facere“. Das anbefohlene Verhalten wird nicht beobachtet. Das läuft beim „non facere“ eben auf eine Vornahme der verbotenen Handlung hinaus. Verweigerung der geschuldeten Unterlassung bis zur Bewirkung der dem Schuldner gebührenden Leistung bedeutet Zuwiderhandlung bis zu diesem Augenblick. Man denke sich folgenden Fall: „Der Eigentümer eines Theaters vermietet den Theatersaal einem Unternehmer unter der Bedingung, an einem bestimmten Abend in der Woche keine Vorstellung zu geben, da an diesem

Abend der Eigentümer in einem anderen Saale Konzerte veranstaltet, und die Konkurrenz ihm schaden würde. Durch die nasse Witterung ist nun ein Teil des Zuschauerraumes in dem Theatersaale unbrauchbar geworden, so daß der Unternehmer eine Anzahl Plätze nicht vermieten kann. Verschiedene Male hat er den Eigentümer gebeten, den Schaden reparieren zu lassen. Letzterer kommt jedoch seiner Verpflichtung nicht nach. Um nun den Ausfall, den der Unternehmer durch die leerbleibenden Plätze an den einzelnen Abenden erleidet, zu decken und den Eigentümer zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu zwingen, veranstaltet er auch an dem Abend, an dem er eigentlich nach seinem Vertrage nicht spielen durfte, Vorstellungen. Hier übt doch offenbar der Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht durch ein Verweigern von Unterlassungen aus, das ist auch notwendig; denn geht die Verpflichtung nur auf eine einzige Unterlassung, z. B. ein gewisses Werk nicht zu veröffentlichen, so würde die Vornahme der Handlung totale Nichterfüllung sein.“ (Schollmeyer zu § 273, vergl. auch Lehmann, § 27, S. 306, Langheinecken § 19,2.) Wie schon gesagt, übt auch derjenige ein Zurückbehaltungsrecht aus, der Handlungen unterläßt, zu deren Vornahme er verpflichtet ist. Jedoch ist auch hier darauf zu achten, daß eine Nachholung der Handlung noch möglich ist; denn das Zurückbehaltungsrecht soll nicht die Ansprüche untergehen lassen (wie die Aufrechnung), sondern es soll nur sichern. Zurückbehalten kann man nicht bloß fremde Sachen; auch die eigenen Sachen, zu deren Herausgabe man verpflichtet ist, können zurückbehalten werden. Notwendig ist, daß man die zurückzubehaltenden Sachen im Besitze hat. Einen Unterschied macht es jedoch, ob ich Eigentümer der zurückzubehaltenden Sachen bin, oder nicht. Wenn man seine eigenen Sachen zurückbehält, kommt es auf den Wert derselben nicht an; fremde Sachen können hingegen nur zurückbehalten werden, wenn sie den Anspruch, wegen dessen man ihre Herausgabe verweigert, dinglich sichern. Das Zurückbehaltungsrecht ist eben ein Sicherungsmittel.

Daher hat es keinen Zweck, dem Eigentümer die Herausgabe einer Sache vorzuenthalten, wenn die Zurückbehaltung keinen Nutzen gewährt. In einem solchen Falle kommt eventl. § 226 B. G. B. zur Anwendung. So ist insbesondere eine Zurückbehaltung von Urkunden nur dann gestattet, wenn die Urkunde entweder in sich selbst einen Wert repräsentiert, oder wenn sie für denjenigen, dem die Herausgabe verweigert wird, zur Geltendmachung von Ansprüchen, zum Beweise von Rechten und dergleichen vorteilhaft ist. (Vergl. Neumanns Jahrbücher 1905, 3, 1, § 273.) Eine Ausnahmebestimmung enthält § 175, B. G. B., der immer das Zurückbehaltungsrecht verbietet.

§ 6.

Gegenseitigkeit der Forderungen im Falle der Abtretung.

Für die Beantwortung der Frage, ob durch die Abtretung einer Forderung die Gegenseitigkeit aufgehoben wird, kommen die §§ 404—408 in Betracht. Demgemäß kann das Zurückbehaltungsrecht dem Zessionar des Gläubigers gegenüber geltend gemacht werden, wenn es schon zur Zeit der Abtretung der Forderung an den Zessionar dem alten Gläubiger gegenüber begründet war. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob der neue Gläubiger von einem dem Schuldner zustehenden Zurückbehaltungsrecht etwas gewußt hat, oder ob er sich im guten Glauben befunden hat. Einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers einer Forderung, ähnlich dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers von Sachen (§ 932 ff.) gibt es im allgemeinen nicht. (Vergl. Goldmann § 118, ferner B. G. B. § 405, § 1157, § 1158 I.) Schollmeyer (§ 273) will allerdings ein Zurückbehaltungsrecht nur für den Fall geben, daß der Zessionar Schuldner der konnexen Hauptforderung des Zessus ist. Diese Ansicht würde jedoch zu dem eigentümlichen Resultate führen, wie Staudinger (§ 273, I, 4) richtig sagt, daß der Gläubiger einfach seine Ansprüche abzutreten braucht, um das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners zu vernichten. § 404 B. G. B. spricht gegen Schollmeyer; denn

wie schon ausgeführt, begründet das Zurückbehaltungsrecht eine Einrede; die zivilrechtlichen Einreden werden aber von dem Ausdruck „Einwendung", wovon § 404 spricht, umfaßt. (Vergl. z. B. Planck zu § 404.) Das Zurückbehaltungsrecht ist also dem Schuldner nicht, wie es bei der Aufrechnung der Fall ist, dem neuen Gläubiger gegenüber gegeben, wenn die Gegenforderung zur Zeit der Abtretung noch nicht fällig war, oder wenn der Schuldner die Gegenforderung erst nach der Abtretung erwarb; denn die analoge Anwendung von § 406 B. G. B. ist, wie Schlegelberger (§ 7, S. 108) treffend ausführt, deshalb ausgeschlossen, weil die Aufrechnung als Befriedigungsmittel besondere Behandlung verlange, und die Begründung des § 406:

> „Die rechtliche Lage zu kompensieren, darf dem Schuldner durch die Forderungsübertragung nicht geschmälert werden. Häufig wird der Schuldner gerade mit Rücksicht auf die ihm durch seine Schuld gewährte Deckung sich zur Kreditgewährung an den Gläubiger verstanden, oder seine Schuld gegen den bisherigen Gläubiger mit Rücksicht auf seine Gegenforderung an denselben kontrahiert haben (Motive II, S. 131)

für das Zurückbehaltungsrecht nicht paßt."

Bezüglich der Aufrechnung gelten folgende Bestimmungen: „Nur für denjenigen, der Gläubiger einer Forderung ist, besteht das Recht, sich durch Aufrechnung von seiner Schuld zu befreien. Eine fremde Forderung kann man ebensowenig aufrechnen, wie man eine fremde Forderung einziehen kann. Merkwürdig ist aber, daß man auch nicht gegen eine fremde Forderung aufrechnen kann. Es findet also der Satz, daß man eine fremde Schuld gültig zahlen kann, auf die Aufrechnung keinerlei Anwendung. Ein Anderes ist leisten, ein Anderes aufrechnen. (Crome II., S. 294, Nr. 20.) Die Richtigkeit des Satzes, daß man nicht gegen eine fremde Forderung aufrechnen kann, ergibt sich a contrario aus dem Umstande, daß eine solche Aufrechnung nur in den wenigen Fällen zugelassen ist, wo dies ausdrücklich bestimmt ist, und zwar sind das solche

Fälle, wo dem Dritten in seinem eigenen Interesse die Befugnis zusteht, den Gläubiger zu befriedigen. (Vergl. §§ 268, 1142.2, 1192, 1200, 1224, 1249 B. G. B.) Auch mit Einwilligung des Gläubigers kann ein Dritter nicht aufrechnen. Der Satz, daß eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt (§ 185, B. G. B.), kann im vorliegenden Falle keine Anwendung finden, da das Recht zur Aufrechnung seiner Natur nach von der Forderung, zu deren Sicherung und eventl. Befriedigung es bestimmt ist, nicht getrennt werden kann. Zuzugeben ist nur, daß die Einwilligung unter Umständen als Abtretung der aufzurechnenden Forderung auszulegen ist. (Weigelin § 8,1, S. 69.) Tritt der eine Teil seine Forderung ab, so soll dieser Umstand dem Schuldner nicht nachteilig werden. Da er in der Lage war, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung gegen die abgetretene Forderung aufzurechnen, so soll ihm ein gleiches Recht gegen den neuen Gläubiger gegeben sein. Er darf (§ 406) nicht nur diejenige Forderung aufrechnen, die ihm zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger zustand, sondern auch diejenige, die er zwar nach der Abtretung, aber bevor er von ihr Kenntnis erlangt, erworben hat. Ausgeschlossen von der Aufrechnung ist die Gegenforderung dann, wenn sie erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig ist; denn in diesem Falle ist eine Forderung abgetreten, die weder zu dem entscheidenden Zeitpunkte, noch auch zu dem Zeitpunkte, wo sie selbst fällig geworden ist, der Möglichkeit der Aufrechnung ausgesetzt war. Bemerkenswert ist auch der Fall, wo der Zedent nur einen Teil der ihm gegen seinen Schuldner zustehenden Forderung abtritt. Will in diesem Falle der Zessus mit der ihm vor der Abtretung gegen den Zedenten zustehenden Gegenforderung gegenüber dem Zessionar aufrechnen, so darf dieser die Restforderung des Zedenten nicht zur Gegenaufrechnung heranziehen und den Zessus auf die Aufrechnung gegen den dem Zessionar nicht zustehenden Teil

der Hauptforderung nicht verweisen. (Vergl. K. G., Urteil vom 17. 11. 1904, X., S. 160 und R. G. E., Bd. 42. S. 320.) Im Falle der Abtretung muß ferner der neue Gläubiger jedes Rechtsgeschäft, das nach der Zession zwischen dem Schuldner und dem alten Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen; es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt. Kennen müssen genügt also nicht; selbst wenn grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Nach Planck (§ 407) versteht das B. G. B. unter einem solchen Rechtsgeschäft nicht nur einen zwischen diesen Personen in betreff der Forderung geschlossenen Vertrag; sondern jedes einseitige, von dem einen Teile gegenüber dem andern, die Forderung betreffende Rechtsgeschäft ist darunter zu verstehen, insbesondere die Aufrechnung. In ähnlicher Weise drücken sich an der betreffenden Stelle beispielsweise Cosack (§ 115, Oertmann § 407, Schollmeyer § 407, Staudinger § 407) aus. Diesen gegenüber will Endemann den abtretenden Gläubiger nicht mehr aufrechnen lassen können, weil er durch die von ihm getroffene Verfügung gebunden und nach § 348,2 B. G. B. ausgeschieden ist. Endemanns Ansicht ist jedoch nicht haltbar. Es soll doch der gutgläubige Schuldner geschützt werden. Das gibt auch Endemann zu; denn er läßt eine Aufrechnungserklärung des Schuldners an den Zedenten, obschon dieser infolge der Abtretung nicht mehr Gläubiger ist, mit voller Wirkung gegenüber dem Zessionar zu. Weshalb soll denn nicht ebenfalls der Zessionar eine Aufrechnungserklärung des Zedenten gegenüber dem Zessus, wenn letzterer gutgläubig ist, gegen sich gelten lassen müssen? Allerdings hat der alte Gläubiger kein Recht zur Aufrechnung mehr, aber zum Schutze des Schuldners muß man ihm jedenfalls die Macht zusprechen, über die Forderung gültig verfügen zu können. Anders gestaltet sich die Sachlage im Falle der Schuldübernahme. An und für sich wäre es ja denkbar, daß ein Schuldner, der das Recht zur Aufrechnung hat, dieses Recht beibehält, auch nachdem sein Gläubiger infolge der Schuldübernahme durch einen

Dritten aufgehört hat, zugleich sein Schuldner zu sein. Dadurch jedoch, daß weder der Schuldner noch der Gläubiger von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch gemacht haben, sondern zur Schuldübernahme geschritten sind, haben sie den übereinstimmenden Willen gezeigt, daß jede Forderung ihren eigenen Weg gehen soll. Daß der Übernehmer nicht Gegenforderungen des bisherigen Schuldners aufrechnen kann, bestimmt § 417,1 Satz 2 ausdrücklich. Tritt der neue Gläubiger die Forderung nochmals ab, so gelten dieselben Bestimmungen. (§ 408.) Tritt der alte Gläubiger die Forderung, die ihm nicht mehr zusteht, nochmals einem Dritten ab, und erfährt der Schuldner nur die zweite Abtretung, so muß der erste Zessionar alle Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Schuldner und dem Dritten in betreff der Forderung vorgenommen werden, gegen sich gelten lassen; denn der Schuldner kann infolge seines guten Glaubens mit befreiender Wirkung an denjenigen leisten, den er nach dem ihm bekannten Tatbestande für den Berechtigten halten durfte. (Vergl. Goldmann § 119,4). Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird, oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft des Gesetzes auf ihn — den Dritten — übergegangen ist. (Cosack § 114, II, 3b.) Es findet, wie im Gesetze auch ausdrücklich hervorgehoben, § 407 auf § 408 Anwendung. Eine Anwendung des § 406 auf § 408 ist dagegen ausgeschlossen. Für den Fall der Beschlagnahme einer Forderung ist folgendes zu bemerken: Die Beschlagnahme einer Forderung enthält ein Verfügungsgebot für den Gläubiger, so daß dadurch an sich die Aktivaufrechnung unmöglich wird, wie ein Erfüllungsverbot gegen den Schuldner, so daß dadurch auch diesem die Passivaufrechnung unmöglich wäre. Dem Schuldner der mit Beschlag belegten Forderung soll aber die Möglichkeit der Aufrechnung gewahrt bleiben, wenn er auf diese mit Sicherheit rechnen konnte; daher § 392 B. G. B. (Vergl. auch Matthiass § 95, E. 1.) Eine entsprechende

Anwendung von § 407 ist ausgeschlossen, weil die Verpfändung einer Forderung nur wirksam ist, wenn der Gläubiger die in § 1280 B. G. B. vorgeschriebene Anzeige macht.

§ 7.

Gegenseitigkeit der Forderungen im Falle des Vorhandenseins eines Bürgschaftsverhältnisses.

Das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderung bei der Aufrechnung zeigt sich ferner darin, daß der Bürge mit einer Gegenforderung des Hauptschuldners nicht aufrechnen, sondern nur die Erfüllung verweigern darf, solange der Gläubiger sich selbst durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann. So auch R. G. E., Bd. 53, S. 403, wo es heißt: Ebensowenig steht dem Bürgen das Recht zu, die Hauptverbindlichkeit durch Aufrechnung mit eigener Forderung zu tilgen. Insbesondere findet § 422 auf das Bürgschaftsverhältnis keine Anwendung. Bei dem Gesamtschuldverhältnis bestehen die durch Einheit der Leistung zusammengefaßten Einzelobligationen prinzipiell selbständig nebeneinander. Ebensowenig kann von einer analogen Anwendung der §§ 268, 1142, 1224 und 1249 auf die Bürgschaft die Rede sein, da die Rechte des den Gläubiger befriedigenden Bürgen in § 774 ohne Bezugnahme auf jene Bestimmungen geregelt sind. Für den Bürgen gilt aber wohl § 387. Folgt hieraus einerseits, daß der Bürge die Hauptschuld nicht durch Aufrechnung mit einer eignen Forderung tilgen kann, so steht doch anderseits dem nichts im Wege, daß er seine eigne, nämlich die Bürgschaftsschuld, in dieser Weise tilgt. Nach dem Grundsatze, daß die Aufrechenbarkeit keine Tilgung bewirkt, besteht die Hauptschuld zunächst fort, und der Bürge haftet für sie gemäß § 767. Gleichwohl hat der Bürge nach § 770,2 obenerwähnte Einrede. Es beruht dies, wie Weigelin (§ 8, S. 70) treffend ausführt, auf demselben Gedanken, der auch § 772 zugrunde liegt, daß nämlich der Gläubiger, ehe er den Bürgen in Anspruch nehmen darf, die sonstigen ihm zu Gebote stehenden Be-

friedigungsmittel anzuwenden hat. Gegen dieses dem Bürgen zustehende Recht wendet sich sehr nachdrücklich Kohler (Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 24, § 5). Eine Aufrechnungserklärung des Bürgen ist, wie schon erwähnt, aus dem Grunde ausgeschlossen, weil hierin eine Verfügung über fremdes Vermögen läge. Der Bürge muß sogar zusehen, wenn die Forderung des Hauptschuldners aus irgend einem Grunde untergeht. Aus dem Gesagten ergibt sich demnach folgendes: Der Gläubiger, der selbst Schuldner ist, kann für den Fall, daß er aufrechnungsberechtigt ist, den Bürgen nicht in Anspruch nehmen. Ist der Gläubiger dagegen nicht aufrechnungsberechtigt, sondern nur der Hauptschuldner, so kann der Bürge, so hart es für ihn ist, sich auf die Aufrechnungslage nicht berufen. So wenig er das Geld des Hauptschuldners ohne dessen Willen zur Befriedigung des Gläubigers verwenden darf, so wenig kann er mit einer dem Hauptschuldner zustehenden Gegenforderung den Anspruch des Gläubigers beseitigen. Anderer Meinung waren bisher Cosack und Oertmann; heute haben sie sich jedoch der allgemein anerkannten Ansicht angeschlossen. Weil eben die Aufrechnung auf die gegenüberstehenden Ansprüche vernichtend wirkt, würde sie, wenn dem Bürgen offen stehend, diesem eine Disposition über ein dem Hauptschuldner zustehendes Recht verleihen, die mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen kaum vereinbar und somit nur bei klarer Anerkennung im Gesetze zu ertragen wäre. Solche fehlt aber nicht nur, sondern Abs. 1 gibt ein bedeutsames argumentum a contrario, in dem er für den analogen Fall der Anfechtbarkeit ausschließend eine aufschiebende Einrede zugesteht. Oertmann will dem Bürgen nur wenigstens eine dem Abs. 2 entsprechende Einrede zubilligen. Er hat ja Recht, wenn er sagt, daß die seiner Ansicht entgegengesetzte Auslegung zu dem höchst anstößigen Resultat führt, daß der Bürge schärfer haftet, wenn nur der Hauptschuldner, als wenn nur der Gläubiger die Hauptschuld durch Aufrechnungserklärung vernichten kann, obwohl doch im ersteren Falle die Schuld offenbar stärker beein-

trächtigt, weil vom Belieben des Gläubigers in ihrem Bestande unabhängig geworden ist. (Vergl. Ausführung bei Goldmann § 210, A. 18.) Es läßt sich aber an dem klaren Wortlaute des Paragraphen nichts ändern und der Gesetzgeber hätte unbedingt eine diesbezügliche Bestimmung getroffen. (Vergl. auch R. G. 59, S. 307.) Ist der Hauptschuldner hingegen zurückbehaltungsberechtigt, so kann der Bürge, da dem Zurückbehaltungsberechtigten wohl eine Einrede zusteht, das dem Hauptschuldner zustehende Retentionsrecht nach Analogie von § 768,1 ausüben, sofern er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird. Natürlich kann er beispielsweise bei gegenseitigen Verträgen nicht die Gegenleistung an sich selbst, sondern nur an dem Hauptschuldner fordern. (Vergl. Oertmann 768,2 c β.)

§ 8.

Fälligkeit der Forderungen.

Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung stimmen ferner darin überein, daß sowohl die Forderung des Zurückbehaltungsberechtigten, wie die des Aufrechnungsberechtigten fällig sein müssen. Der Aufrechnende muß also zur Zeit der Aufrechnungserklärung berechtigt sein, die ihm seitens des anderen Teiles gebührende Leistung zu fordern und die ihm dem anderen Teile gegenüber obliegende Leistung zu bewirken. Wenn somit auch die Forderung des Aufrechnenden fällig sein muß, da er vor der Fälligkeit nicht fordern kann (vergl. § 271), so ist doch die Fälligkeit der Forderung des anderen Teiles kein Erfordernis der Aufrechnung; es genügt vielmehr, daß der Aufrechnende zur Zeit der Aufrechnung zur Leistung befugt ist. (§ 271, Abs. 2, Goldmann, § 112,5). Die Zurückbehaltung einer Leistung ist aber erst in dem Augenblicke möglich, in welchem die Fälligkeit derselben eingetreten ist. Demnach darf beispielsweise B, wenn A. gegen ihn eine fällige Forderung geltend macht, die Erfüllung nur verweigern, wenn er gleichfalls einen fälligen Anspruch gegen A. hat. Andererseits würde es dem § 271 B. G. B.

widersprechen, wenn auch für die Aufrechnung Fälligkeit beider Forderungen verlangt würde. Daß die Forderung des Aufrechnungsberechtigten fällig sein muß, ist in der Ordnung, aber umgekehrt darf er die von ihm geschuldete Leistung vor der Fälligkeit bewirken. Fällig ist eine Forderung dann, wenn ihre Erfüllung nach Vertrag oder Gesetz begehrt werden kann. (Weigelin, § 6, Abs. 4.) Die Erfüllung einer Forderung kann in der Regel dann verlangt werden, wenn der Forderung keine Einreden entgegenstehen. Hat der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung dem Schuldner auf eine bestimmte Zeit Ausstand erteilt, und erwirbt der Schuldner eine Gegenforderung gegen seinen Gläubiger, so muß in jedem einzelnen Falle besonders geprüft werden, ob der Gläubiger innerhalb jener Zeit soll aufrechnen dürfen oder nicht. Im allgemeinen kann man sagen, daß zur Entscheidung der Frage, ob Aufrechnung zugelassen werden soll, die Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte maßgebend sind. In der Regel wird es gegen diese Grundsätze verstoßen, wenn der Schuldner in der Lage wäre, auf Grund einer neuerdings gegen den Gläubiger erworbenen Forderung diesen zur Zahlung zu zwingen; der Gläubiger aber seinerseits, der wegen der schlechten Vermögenslage des Schuldners oder aus sonstiger Rücksicht gegen ihn Stundung bewilligt hat, nun abwarten müßte, bis die Ausstandsfrist abgelaufen wäre und dann vielleicht seine Forderung nicht mehr beitreiben könnte. (Vergl. Weigelin § 6, Abs. 4, Sieber S. 106, § 11.) Es gibt aber auch Fälle, in denen der Gläubiger, der Ausstand erteilt, gegen die nach der Ausstandserteilung erworbene Forderung des Schuldners nicht aufrechnen kann. Hat z. B. der Gläubiger einem kleinen Gewerbetreibenden durch Hingabe eines Darlehens die Errichtung eines Geschäfts ermöglicht, und gewährt er bei Fälligkeit des Darlehens dem Schuldner Stundung, weil dieser noch nicht in der Lage ist, das erhaltene Kapital aus dem Geschäfte zu ziehen, ohne den Fortbestand seines Unternehmens zu gefährden, so würde es unbillig sein, wenn der Gläubiger die gewährte Stundung dadurch umgehen

könnte, daß er nunmehr die Waren, die er von seinem Schuldner bezieht, nicht bezahlt, sondern den dafür verschuldeten Betrag aufrechnen würde. Hierbei ist vor allem die Größe des Verhältnisses, in welchem Darlehen und Warenschuld zueinander stehen, bei der Entscheidung in Betracht zu ziehen. Ist dagegen die Ausstandsfrist nicht von dem Ablaufe einer bestimmten Zeit oder dem Eintritte einer Bedingung (z. B. Verbesserung der Vermögenslage) abhängig gemacht, mit anderen Worten, hat der Gläubiger trotz Fälligkeit der Forderung aus freien Stücken von der Beitreibung derselben auf Bitten des Schuldners abgesehen, so ist er jederzeit in der Lage aufzurechnen, da die Fälligkeit nicht aufgehoben ist. (Vergl. auch Mugdan, S. 57 unten.) Nach denselben Grundsätzen ist, wenn die Voraussetzungen für ein Zurückbehaltungsrecht vorliegen, zu entscheiden, ob der Schuldner die Leistung verweigern kann oder nicht. Planck (§ 273, 1b) will kein Zurückbehaltungsrecht geben, da seiner Ansicht nach durch Stundung dem Gläubigeranspruche immer die Fälligkeit genommen werde. Mit dieser Ansicht steht Planck ziemlich allein, und es treffen gegen dieselbe die vorhin aufgeführten Gesichtspunkte, wonach der Maßstab von Treu und Glauben bei der Aufrechnung anzulegen ist, in gleicher Weise auf das Zurückbehaltungsrecht zu. Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung des Gläubigers ab, so kann die Kündigung gleichzeitig mit der Aufrechnung erklärt werden, sofern durch die Kündigung sofortige Fälligkeit herbeigeführt wird; auch ist in einem solchen Falle im Zweifel in der Aufrechnungserklärung die Kündigung enthalten. Streitig ist, ob in solchen Fällen, wo der Schuldner ein Recht auf Quittung hat, ihm auch ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Erteilung der Quittung zu geben ist. (Beispielsweise § 368, B. G. B.) Streng genommen entsteht der Anspruch des Schuldners erst nachdem er geleistet hat, und man könnte sagen, daß er kein Retentionsrecht ausüben dürfe, weil sein Anspruch nicht fällig sei. Dem Schuldner wird jedoch ein Zurückbehaltungsrecht zu geben sein; das deutet das Wörtchen „gegen“ an. Wenn er

eben nur „gegen“ Aushändigung einer Quittung zu leisten braucht, so liegt darin, daß der Gesetzgeber den Anspruch des Schuldners als fällig hat bezeichnen wollen. Sodann entspricht sein Verlangen auch vollständig den im Leben üblichen Grundsätzen; man braucht eben dann nur z. B. eine Geldsumme zu zahlen, wenn der Empfänger gleichzeitig die Quittung gibt. Für den Fall des § 255 B. G. B. will Planck einen „sofortigen“ Anspruch auf „nachträgliche“ Erfüllung geben: das ist keineswegs glücklich ausgedrückt; denn das Wörtchen „sofort“ spricht für, das Wörtchen „nachträglich“ gegen ein Zurückbehaltungsrecht. Ich gebe aus demselben Grunde, wie oben ein Retentionsrecht. Ebenso sind zu behandeln die Fälle in den §§ 785, 797, 808,2. (Vergl. auch R. G. E., Bd. 28, S. 434.) Im Gegensatz zu Planck, Fischer-Henle, schließe ich mich Staudinger, Schollmeyer, Oertmann (vergl. die betreffenden Paragraphen), Endelmann (S. 879, 27) an, die auch im § 410 B. G. B. ein Zurückbehaltungsrecht gestatten und zwar, weil auch hier der Ausdruck „gegen“ gebraucht ist. Schollmeyer (§ 410) gibt eine der Einrede des Zurückbehaltungsrechts ähnliche, verzögerliche Einrede des Inhalts, daß der Schuldner die Leistung bis zur Aushändigung der Abtretungserklärung verweigere. Dies ist doch offenbar dasselbe, wie die Einrede des Zurückbehaltungsrechts. Kein Retentionsrecht im Sinne von § 273 begründen die Fälle der §§ 258, 811, 867, 1005, 2125. Sie handeln von der Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung. Diese Einrede ist der des Zurückbehaltungsrechts nebengeordnet und ihr nicht unterstellt. (§ 202.) Zum Wesen des Retentionsrechts im Sinne des Gesetzes gehört es, daß dem Klageanspruch ein existenter Gegenanspruch gegenübersteht.

§ 9.

Klagbarkeit der Forderungen im allgemeinen.

Unbestritten ist, daß bei der Aufrechnung der Anspruch des Aufrechnungsberechtigten, beim Zurückbehaltungsrecht die Forderung des Gläubigers wie die des Schuldners klag-

bar sein müssen. Für das Zurückbehaltungsrecht ergibt sich diese Bestimmung aus § 274. Denn nach § 274,1 hat gegenüber der Klage des Gläubigers die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist. Eine Verurteilung kann aber nur dann erfolgen, wenn beide Forderungen klagbar sind. Aus diesem Grunde scheiden Spiel- und Wettverträge, Differenzengeschäfte, Ehemäklerverträge usw. aus, denn das Gesetz spricht Forderungen aus solchen Geschäften die Klagbarkeit ab. Bei der Aufrechnung muß unbestrittenermaßen die Aktivforderung klagbar sein, denn durch die Aufrechnung erlangt der Gläubiger, wie gezeigt, Befriedigung ohne den Willen des Schuldners. Daraus folgt, daß nur der zur Aufrechnung befugt sein kann, der eine erzwingbare Forderung hat; nichtige Forderungen sind daher zur Aufrechnung ungeeignet, ebenfalls solche, die mit Erfolg angefochten werden. Dagegen hindert Anfechtbarkeit die Aufrechnung nicht. Über die Beschaffenheit der Passivforderungen sind die Ansichten geteilt. Wird gegen eine nichtige Forderung aufgerechnet, so ist die Aufrechnung ungültig; es wird hier keineswegs auf den Bereicherungsanspruch verwiesen, wie bei der Zahlung einer Nichtschuld. Ein Anderes ist zahlen, ein Anderes ist aufrechnen. (Crome, § 192, S. 492, Nr. 20.) Dagegen wird man nach Cromes Ansicht (§ 192, 6 b) wider Gegenforderungen aus anfechtbaren Rechtsgeschäften, hinsichtlich derer dem Aufrechnenden selbst das Anfechtungsrecht zusteht, in Gleichem gegen nicht klagbare oder mit einer Einrede behaftete Forderung wirksam aufrechnen können, da keinerlei Zwang zur Geltendmachung der entsprechenden Rechte für den Aufrechnenden besteht. Ebenso Staudinger (§ 390,4), Schollmeyer (§ 390,4), Matthiass (§ 95, I. B.), Goldmann (§ 114) und andere, und hinsichtlich der Einrede auch Cortmann (§ 390), Planck (§ 390) und Weigelin (§ 7,2). Die letzteren lassen aber in bezug auf nicht klagbare Forderungen mit Cosack (§ 111) keine Aufrechnung zu. Ich halte die Ansicht von Crome usw. für die richtige.

Aus § 387 geht nämlich nur hervor, daß die Aktivforderung klagbar sein muß. (Staudinger § 390.) Wenn die Passivforderung dieselbe Eigenschaft haben müßte, so hätte das Gesetz eine solche Bestimmung treffen müssen. Sodann ist klar, daß die Aufrechnung gegen eine klaglose Verbindlichkeit ebenso zugelassen werden muß, wie die Zahlung einer solchen gestattet und vollgültig ist. Nicht als ob ich die Bestimmungen über Zahlung analog auf die Aufrechnung anwenden wollte, sondern weil die Aufrechnung ein Zahlen, das ja volle rechtliche Wirkung hat, unnötig macht. Man denke sich folgenden Fall: A. schuldet dem B. 100 Mark aus einem Spiele; B. dem A. 100 Mark aus einem Darlehen. Zahlt nun A. dem B. die 100 Mark, so ist das vollgültig, und A. kann die 100 Mark nicht zurückfordern; (§ 762.) B. seinerseits muß dem A. 100 Mark zahlen. Soll man nun nicht dem A., der seine Spielschuld zahlen und anderseits seine Darlehensforderung einklagen will, die Aufrechnung gestatten, da doch die Aufrechnung sich durch eine einfache Erklärung vollzieht und dadurch ein überflüssiges Hin- und Hergeben vermieden wird? (Vergl. Oertmann zu § 390, Staudinger zu § 390, Neumanns Jahrbücher zu § 390.)

§ 10.

Klagbarkeit der Forderungen im Falle, daß eine Forderung verjährt ist.

Eine Ausnahme der Tatsache, daß die Forderung des Aufrechnungsberechtigten vollgültig sein muß, enthält § 392,2. Demgemäß kann mit einer verjährten Forderung aufgerechnet werden, wenn die Forderung zu der Zeit, wo sie gegen die Forderung des Gegners aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Diese Ausnahmebestimmung findet darin ihren Grund, daß man oft die Aufrechnungserklärung unterläßt, weil man darauf vertraut, daß auch der Gegner die kompensable Gegenforderung nicht beitreiben werde. Verjährt nun die eigene Forderung, so daß sie durch Klage nicht mehr geltend gemacht

werden kann, so wäre es doch unbillig, wenn jetzt der Gegner, dessen Forderung noch nicht verjährt zu sein braucht, und die man bisher wegen der eigenen Forderung nicht zu fürchten hatte, nun plötzlich seine Forderung einklagen würde, ohne daß man sich durch Aufrechnung befreien könnte. Es würden, wenn § 390,2 nicht vorhanden wäre, die Annehmlichkeiten, die das Gesetz durch die Aufrechnung hat geben wollen, sehr abgeschwächt werden. Es fragt sich, ob Gleiches für das Zurückbehaltungsrecht gilt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß der Schuldner einen fälligen Anspruch haben. Dieser Ausdruck bedeutet, daß dem Schuldner das klagbare, einwandfreie Recht zustehen muß, vom Gläubiger eine Leistung zu fordern. Aus der gesetzlichen Definition des Wortes „Anspruch" (§ 194 B. G. B.) ergibt sich, daß Klagbarkeit ein wesentlicher Moment des Anspruchs ist. (Vergl. Schollmeyer: „Wo keine Klagbarkeit, da auch kein Anspruch.") Ebenso dürfen keine Einreden entgegenstehen, da der Anspruch fällig sein muß. Das Erfordernis der Fälligkeit würde illusorisch sein, wenn das Recht auf die betreffende Leistung wegen Bestehens einer Einrede ausgeschlossen oder gerichtlich nicht erzwingbar wäre. (Vergl. auch Motive II, S. 42: „Mit der vollen Wirksamkeit des Anspruchs ist auch beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen die Zurückbehaltungsbefugnis von selbst gegeben, wie die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Teiles wegen des Anspruchs des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist.") Hiervon kann nur die Rede sein, wenn der Anspruch rechtlich verfolgbar ist und ihm keinerlei Einreden entgegenstehen. Zudem würde, wenn die Zurückbehaltung wegen eines verjährten Anspruchs zulässig wäre, die Verjährungseinrede wertlos gemacht, da dem Schuldner die Möglichkeit gegeben wäre, das, was er im Wege der Klage und Einrede nicht erlangen kann, durch Selbsthilfe zu erreichen. Es läßt sich auch aus § 222 die gegenseitige Ansicht nicht rechtfertigen. Wenn Schollmeyer (273) zuerst richtig sagt, der Forderung des Schuldners dürfe keine Einrede entgegenstehen, dann aber

die Zurückbehaltung zugunsten eines verjährten Anspruchs zuläßt, so ist das ein Widerspruch; denn die Verjährung ist eine Einrede, welche dem Anspruch des Schuldners entgegensteht, und es folgt gerade aus 222 die Unstatthaftigkeit des Zurückbehaltungsrechts. Rehbein (291—292) sagt ganz richtig: „Verjährte Forderungen sind nicht klagbar, aber nicht bloß erfüllbar und aufrechenbar unter Voraussetzung des § 390,2, sondern auch Grundlagen von Anerkenntnis und Sicherheitsleistung (222) und folglich auch der Einrede aus 273.“ Es ist ihm aber zu entgegnen, daß „Erfüllen, Anerkennen und Sicherstellen“ in diesem Fall freiwillige Handlungen des Schuldners sind, während er durch das Zurückbehaltungsrecht zur Befriedigung des Gläubigers bezüglich einer Forderung gezwungen wird, welcher das B. G. B. die Erzwingbarkeit ausdrücklich abspricht (Endemann § 125. Vergl. im einzelnen Schäfer 437—440.) Einige (vergl. Rehbein, Staudinger,) gestatten ein Zurückbehaltungsrecht, indem sie als Grund die analoge Bestimmung von 390,2 anführen. Eine Analogie ist schon aus dem Grunde unstatthaft, weil, wie die ganze Abhandlung zeigt, Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht zwei ganz verschiedene Rechtsinstitute sind. Außerdem ist 390,2 lediglich eine Ausnahmebestimmung, die aus Billigkeitsgründen gegeben ist, und wenn auch eine Gesetzesanalogie im allgemeinen zulässig ist, so muß sie aber insoweit unzweifelhaft abgelehnt werden, als Ausnahmerecht in Frage steht. (Vergl. Staudinger, Bd. I, Einl. S. 18.) Aus dem Angeführten ergibt sich, daß eine Zurückbehaltung wegen eines verjährten Anspruchs unstatthaft ist. (Ebenso Planck 273, Dernburg § 57, Langheinecken § 19 II.)

§ 11.

Klagbarkeit der Forderungen beim Vorliegen einer Bedingung.

Eine aufschiebende Bedingung schiebt die Fälligkeit bis zum Eintritt der Bedingung auf. Suspensivbedingte Forderungen sind daher zur Aufrechnung nicht geeignet;

dagegen ist beim Vorliegen einer auflösenden Bedingung die Aufrechnung zulässig. Erfolgt aber die Aufrechnung selbst unter einer Bedingung, so ist sie ungültig. (§ 388,2.) Hiermit ist nicht der Fall zu verwechseln, wo die Aufrechnung unter der Bedingung erfolgt, daß die Gegenforderung überhaupt zu Recht besteht. Denn in dergleichen Fällen handelt es sich nicht um eigentliche Bedingungen, sondern es liegt dann eine sogenannte condicio juris vor. [Fall der sogenannten Eventualaufrechnung.] (Vergl. Goldmann § 112,2, Fischer-Henle § 388.) Es ist dies einfach eine gesetzliche Voraussetzung, bei deren Fehlen überhaupt keine Aufrechnung eintreten kann. Ist doch die Aufrechnung von Rechts wegen unwirksam, wenn die Passivforderung in Wahrheit nicht besteht; sollte nun die Aufrechnung dadurch ungültig werden, daß der Aktivgläubiger überflüssigerweise auf diese Voraussetzung ausdrücklich verweist? (Cosack, § 111, 1b; vergl. auch § 215 B. G. B.; R. G. E., Bd. 37, S. 403, Crome § 194, Neumann 4 zu § 388.) Ebenso kann mit rechtshängigen Forderungen aufgerechnet werden.

Die Eventualaufrechnung ist zu unterscheiden von der eventuellen Berufung im Prozeß auf eine bereits unbedingt früher vollzogene Aufrechnung, „Einwand der Aufrechnung im Prozesse“. Daher spricht die Z. P. O., § 145,3, 302, 322, 529, immer davon, daß der Beklagte die Aufrechnung geltend macht, nicht, daß er die Aufrechnung erklärt, oder daß er aufrechnet.

IV. Verhältnis des § 394 zu 273.

§ 12.

Trotz Vorhandenseins der Voraussetzungen gibt es Fälle, wo ausnahmsweise eine Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht nicht statthaft ist. An dieser Stelle soll nur, da die anderen Ausnahmen hier nicht interessieren, das Verhältnis des § 394 zum Zurückbehaltungsrecht behandelt werden. Der Zwischensatz des § 273, sofern . . . . . will sagen, daß die Billigkeit im einzelnen Falle über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts entscheiden kann. Die Geltendmachung ist dann ausgeschlossen, wenn sich aus dem Schuldverhältnisse ergibt, daß der Schuldner seine Leistung nicht verweigern darf, sei es, daß er sich vertragsmäßig zur Vorleistung verpflichtet hat, sei es, daß die Natur des Schuldverhältnisses dies verlangt. Demgemäß kann trotz vorliegender Konnexität der wechselseitigen Ansprüche die besondere inhaltliche Beziehung der geschuldeten Leistungen zueinander die Zurückbehaltung einer derselben ausschließen. Bestritten ist, ob die Worte „sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein Anderes ergibt“ sich auch auf den Fall beziehen, wo die Gegenforderung des das Zurückbehaltungsrecht Ausübenden unpfändbar ist. Unrichtig scheint mir die Ansicht Pappenheims (D. J. Z. 1903, S. 86 ff.) zu sein, der erklärt, mit dem Satze „sofern sich . . . . . ergibt“ habe der Gesetzgeber lediglich den Fall bezeichnen wollen, wo der Schuldner zur Vorleistung verpflichtet sei, der also

aus diesem Grunde dem Schuldner auch wegen unpfändbarer Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht gibt. Allerdings ist Pappenheim zuzugeben, daß aus der Entstehungsgeschichte nur der Fall der Vorleistung ins Auge gefaßt war, denn die dem § 273 entsprechende Bestimmung des Entwurfs § 233 lautet: „Hat der Schuldner, abgesehen von den Fällen des § 364, aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf welchem seine Verpflichtung beruht, gegen den Gläubiger eine fällige Forderung, so ist er zur Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung berechtigt".

Dazu bestimmt § 364 des Entwurfs: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage auf die ihm obliegende Leistung in Anspruch genommen wird, bevor er die Gegenleistung empfangen hat, kann, sofern er nicht zur Vorleistung verpflichtet ist, die geforderte Leistung so lange verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird." (§ 320 B. G. B.) Bei der Beratung des § 233 in der Kommission (Prot. S. 310—313) wurde diese Vorschrift als innerlich berechtigt anerkannt, jedoch im Interesse der Deutlichkeit für wünschenswert erachtet, die in § 234 des Entwurfs durch Verweisung auf den Art. 364 bezweckte Einschränkung der Regel (Art. 143) in Übereinstimmung mit dem gestellten Antrage durch den Zwischensatz: sofern . . . . ., zum Ausdruck zu bringen und damit die Verweisung auf 364 zu erledigen. Der Zwischensatz erhielt sodann ohne weitere Ausführung in § 273 die daraus ersichtliche, lediglich redaktionelle Fassung. Bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes muß indessen das Zurückbehaltungsrecht auch in dem Falle für ausgeschlossen gelten, wo sich aus dem Wesen des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt. (G. G. 8, S. 124.) Infolge des erwähnten Zwischensatzes ist daher das Zurückbehaltungsrecht namentlich ausgeschlossen, wenn die vorübergehende Verweigerung einer Leistung der Nichterfüllung gleichkommt. So wird besonders in der Literatur betont, daß dem Beauftragten an der ihm nach § 259 B. G. B. obliegenden Rechnungslegung wegen seiner Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht. Ebenso sind zu behandeln die Fälle der §§ 27,3, 48, 86, 666, 675, 681, 713,

740, 1214, 1421, 1546, 1550, 1667, 1681, 1686, 1840, 1841, 1890, 1897, 1915, 1978, 1991, 2130, 2218.

Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Darüber nun, ob ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen anzuerkennen ist, herrscht, wie schon angedeutet, großer Streit. Um eine eventuelle Anwendung des § 394 kann es sich meines Erachtens nur handeln, wenn gleichartige Forderungen vorliegen. Ungleichartige Forderungen werden durch § 394, da sie ja zur Aufrechnung überhaupt nicht geeignet sind, auch nicht berührt. Wird man demgemäß § 394 auf § 273 anwenden, so ergibt sich das eigentümliche Resultat, daß ein Zurückbehaltungsrecht wegen gleichartiger Forderungen nicht gegeben, hingegen dem Arbeitsgeber beispielsweise wegen nicht zurückgegebener Gerätschaften ein Zurückbehaltungsrecht am Lohn zuzuerkennen ist. Dieses Resultat ist ein durchaus unbefriedigendes. Eine analoge Anwendung von § 394 auf die Bestimmung des Zurückbehaltungsrechts läßt sich aber überhaupt nicht rechtfertigen. § 394 ist ein Privileg, und der alte Satz „privilegiæ sunt strictissime interpretationis“ muß eine analoge Anwendung höchst bedenklich erscheinen lassen. (Roß J. W., 1902, S. 602.) Sodann sind Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht vollständig verschiedene Gebilde, und daher kann man auch die analoge Anwendung nicht durch den Schluß „a maiori ad minus“ rechtfertigen. Durch den Dienstvertrag selbst läßt sich ein Verbot des Zurückbehaltungsrechts auch nicht herleiten; denn in den Fällen des § 4, Nr. 2 und 3 des Lohnbeschlagnahmegesetzes ist die Pfändung des ganzen Lohnes unbeschränkt gestattet. Auch ist § 119 G. O. zu beachten. (Staudinger zu § 614.) Durch § 394 wurde offenbar die Aufrechnung für unstatthaft erklärt, weil es an sich eine Inkonsequenz wäre, wenn dem Schuldner, obwohl das Gesetz eine Forderung der Exekution entzieht, gestattet wäre, gegen eine solche Forderung eine Gegenforderung zur Aufrechnung zu bringen und auf diese Weise, ähnlich wie im Wege der Selbstexekution, den Gläubiger zu

zwingen, sich in die Selbstbefriedigung zu fügen. Es macht sich diesfalls der Charakter der Aufrechnung als eine auf positiver gesetzlicher Zulassung beruhende, dem Gläubiger aufgezwungene Befriedigung, gewissermaßen als Selbstexekution geltend. (Motive II, S. 113.) Demgegenüber dient das Zurückbehaltungsrecht nicht als Mittel zur Befriedigung, sondern zur Sicherung. Seine Ausübung kann allerdings, wenn sich Geldforderungen gegenüberstehen, wirtschaftlich zu einem Ergebnis führen. Aus diesem Gesichtspunkte läßt sich aber nicht die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts rechtfertigen. Hätte der Gesetzgeber in konsequenter Durchführung des Lohnschutzes auch die Zurückbehaltung untersagen wollen, so hätte er sich nicht auf die Ausnahmebestimmung des § 394 B. G. B. beschränkt, sondern den allgemeinen Rechtssatz aufgestellt, daß der verdiente Lohn ohne Rücksichten auf Gegenforderung auszuzahlen sei; jedenfalls hätte er dem § 274 einen entsprechenden Vorbehalt hinzugefügt. So wenig das Lohnbeschlagnahmegesetz die positive Ausschließung der Aufrechnung entbehrlich macht, ebensowenig ist aus dem Verbot der Aufrechnung die Versagung des Zurückbehaltungsrechts zu folgern. (R. d. O. L. G., Bd. 5, S. 456.) Es fragt sich bei dieser Gelegenheit, können überhaupt in § 273 gleichartige Forderungen in Betracht kommen? (Vergl. den Aufsatz vom Amtsrichter Burchardt, Berlin, J.-Z. 1900, S. 264): „Wie nämlich § 274 bestimmt, hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist. Eine Verurteilung von 100 Mk. gegen Zahlung von 100 Mk. wird der Richter nicht aussprechen, sondern er wird sachgemäß von dem Klageanspruche den Betrag der Gegenforderung abziehen und die Klage abweisen. Das Ergebnis ist also dasselbe wie bei der Aufrechnung; und man kann sagen, daß derjenige, der eine geschuldete Gegenleistung wegen einer konnexen, auf Geld gerichteten Forderung zurückhalten will, damit eine Erklärung abgibt, die ihrem Wesen nach der Aufrechnungserklärung gleichkommt, daher auch von

dem Aufrechnungsverbot des § 394 betroffen wird.“ Burchardt teilt jedoch diese Ansicht nicht, wie ein Beispiel, das er anführt, zeigt: „Es ist unbillig, wie er sagt, einem Dienstherrn die Zurückbehaltung des Lohnes einem Arbeiter gegenüber, der den Dienst verläßt, verbieten zu wollen, obschon ihm aus dem Vertragsverhältnis bedeutende Entschädigungsansprüche entstanden sind.“ Man denke ferner an den Fall, daß die gegenüberstehenden Forderungen verschieden hohe Zinsen bringen. Hat der Schuldner mehr Zinsen zu verlangen, als zu geben, und ist beispielsweise die Befugnis des anderen Teiles zur Aufrechnung kraft Vertrages ausgeschlossen, so wird es nie zur Aufrechnung auf seiten des Schuldners kommen, sondern er wird ruhig seine Leistung zurückbehalten. Aus diesen Grunde braucht man in dem Zurückbehalten nicht immer eine Aufrechnungserklärung zu sehen.

Gegen die Zulässigkeit einer analogen Anwendung wendet sich sehr eingehend Pappenheim (D. J.-Z. 1903, S. 89 ff.). Er sagt mit Recht: „Bevor die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen durch § 394 ausgeschlossen war, bildete die Frage ihrer Statthaftigkeit den Gegenstand eines Streites. Das R. G. sprach sich wiederholt für die Zulässigkeit der Aufrechnung trotz des Pfändungsverbotes aus. Der erste Entwurf eines B. G. B. schloß die Aufrechnung nur gegenüber den in § 749 Z. P. O. bezeichneten Forderungen aus. Die Motive (II, S. 113) verstehen dies nicht als die nur ausdrückliche Statuierung eines auch ohne dies anzunehmenden Rechtssatzes, sondern als eine allerdings in Konsequenz der Pfändungsausschließung gebotene, aber doch nicht mit ihr gegebene Vorschrift. Es wurde also die Folgerung von der Unpfändbarkeit auf die Unzulässigkeit der Aufrechnung im Wege der Analogie nicht für zwingend erachtet. In zweiter Lesung (Prot. I, S. 375) ersetzte man die Verweisung auf § 749 Z. P. O. durch die auf unpfändbare Forderungen überhaupt sich erstreckende Fassung, um bei denjenigen unpfändbaren Forderungen, die in der Z. P. O. § 749 nicht genannt sind, besondere Vorschriften, welche die Aufrechnung ausschließen, entbehrlich zu

machen. Es wurden also solche Vorschriften an und für sich für erforderlich gehalten; und es erschien nicht einmal die analoge Anwendung der für die unpfändbaren Forderungen des § 749 Z. P. O. getroffenen Bestimmungen auf andere, der Pfändung nicht unterworfene Forderungen als selbstverständlich. Um so weniger wird, da die Aufrechnung nach Art und Wirkung der Pfändung näher steht, als selbst die Zurückbehaltung, ein mit Rücksicht auf die Unpfändbarkeit der Forderungen ausgesprochenes Verbot der Aufrechnung im Wege der Analogie zu einem Verbot auch des Zurückbehaltungsrechts erweitert werden dürfen.

Gegen eine analoge Anwendung des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht spricht auch die Erwägung, daß schon der Ausschluß der Aufrechnung eine schwerwiegende Änderung des früheren Rechtszustandes in Deutschland darstellt (R. G. Bd. 41, S. 51 ff., Motive II, S. 113) und daher eine noch weitergehende Ausdehnung, welche die Ansprüche der Arbeitgeber in hohem Grade zu gefährden geeignet ist, unzulässig erscheint. (Goldmann § 83 A. 12.) Durchaus verfehlt scheint mir die Ausführung Sinzheimers (III, S. 78) zu sein, der die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts dadurch beweisen will, daß er sagt: „In einer Reihe von Fällen ist durch Gesetz ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen worden, wo bei der Auseinandersetzung der Interessen das eine Interesse dringender der Befriedigung bedarf als das andere, wo der eine Anspruch so wichtig ist, daß seine Erfüllung nicht davon abhängig sein soll, daß zuvor der andere minderwichtigere Anspruch erfüllt wird. Im Wege der Analogie gibt es daher auch kein Zurückbehaltungsrecht am Lohn im gewerblichen Arbeitsvertrag.“ Es ist hierauf nur zu erwidern, daß der Gesetzgeber in diesen Fällen ausdrücklich ein Zurückbehaltungsrecht untersagt hat. Würde er es auch im gewerblichen Arbeitsvertrag haben untersagen wollen, so würde er sicherlich eine diesbezügliche Bestimmung besonders getroffen haben. Es wird dann weiterhin vielfach behauptet (vergl. z. B. Lotlmar S. 450), daß das Zurückbehaltungsrecht nur dann Platz greife, sofern

sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein Anderes ergebe. Das Arbeitsverhältnis sei nun ein Schuldverhältnis, aus welchem sich angesichts des dafür geltenden Aufrechnungsverbots ein Anderes ergebe, nämlich daß der Arbeitgeber, der den Lohn schulde, nicht um einer gleichartigen Schuld des Arbeitnehmers willen den Lohn zurückbehalten dürfe, weil die Zurückbehaltung in diesem Falle leicht zu dem faktischen Ergebnisse führen könne, das durch § 394,1 vermieden werden solle. Ihm stimmen im Ergebnis Sinzheimer und Endemann zu. Die meisten anderen Schriftsteller vertreten ihnen gegenüber den Standpunkt, daß ein Zurückbehaltungsrecht zu geben ist. Pappenheim insbesondere führt aus: „Der Zwischensatz, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein Anderes ergebe, sei aus einer ganz anderen Intention in der zweiten Lesung beigefügt worden, als Lothmar meine. Bei seiner Aufnahme sei man davon ausgegangen, daß im Obligationenrecht das Zurückbehaltungsrecht für solche Fälle ausgeschlossen werden müsse, in denen die Ausübung desselben dem Inhalte des Schuldverhältnisses zuwiderlaufe. Der fragliche Zwischensatz sei dahin zu verstehen, daß der Schuldner beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Zurückbehaltungsrecht habe, sofern er nicht nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses zur Vorleistung verpflichtet sei.“ Wie schon erwähnt, gebe ich Pappenheim in dieser Auffassung nicht Recht. Gewiß ist durch den Zwischensatz hauptsächlich dieser Fall ins Auge gefaßt worden, wie insbesondere die Motive ergeben; aber wie ich bereits früher ausgeführt habe, sind auch noch andere Fälle hierunter zu fassen. Abgesehen von dem Falle der Vorleistung und dem erwähnten Falle, wo durch eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts die Leistung dauernd unmöglich gemacht würde, fällt insbesondere auch hierunter der Fall, wo eine Zurückbehaltung wegen einer bestimmten Forderung oder an einer bestimmten Leistung durch besondere Vereinbarung überhaupt ausgeschlossen ist. Es fallen überhaupt alle Fälle hierunter, wo ein Zurückbehaltungsrecht gegen Treu und Glauben verstoßen würde. (Vergl. Crome § 124, 1 c. *a.*)

Ebenso Urteil des O. L. G. Cöln vom 31. 10. 02, Urteil des L. G. Berlin vom 29. 9. 03. Lothmar beruft sich nun für die Richtigkeit seiner Ansicht nicht allein auf jenen Zwischensatz, sondern auch auf den mit dem Aufrechnungsverbot verfolgten Zweck; er sagt, daß der Zweck, den das B. G. B. mit dem Ausschluß der Kompensation gegen die Vergütungsforderung erreichen will, der ist, dem Arbeitnehmer den durch die geleistete Arbeit verdienten Lohn ungeschmälert zu verschaffen, ohne Rücksicht auf irgendwelche noch so begründete gleichartige Gegenforderung des Arbeitgebers. Dieser Zweck wird nun vereitelt, sobald der Arbeitgeber den geschuldeten Lohn wegen eines fälligen Anspruchs auf eine gleichartige Leistung zurückbehalten kann. (Vergl. auch Wallroth, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 24, S. 256.) Der Zweck, das ist ganz richtig, ist der, dem Arbeiter den verdienten Lohn voll zukommen zu lassen. Das Gesetz stellt sich mit Recht auf die Seite des Schwachen. Wenn nun aber einmal umgekehrt der Arbeitgeber der Schwächere ist? Man denke sich den Fall, daß eine arme Witwe das Geschäft ihres Mannes fortführen will. Unbedingt hat sie dann den starken Arm eines Gehülfen nötig. Läßt man in einem solchen Falle § 394 auf § 273 Anwendung finden, so muß die Frau dem Gehülfen den Lohn voll auszahlen, wenn ihr auch noch so berechtigte Gegenansprüche auf Schadenersatz wegen Beschädigungen, die der Gehülfe verschuldet hat, zustehen. In diesem Falle ist doch offenbar die Witwe die wirtschaftlich Schwächere, da sie ganz von dem Gehülfen abhängt, ihr soll doch auch das Gesetz zu Hülfe kommen. Und meines Erachtens sollen gerade, weil das Gesetz von keiner analogen Anwendung spricht und auch keine ausdrückliche Bestimmung hierüber getroffen hat, die Härten, die doch offenbar § 394 hervorruft, wenn es sich um innerlich zusammengehörige Ansprüche handelt, gemildert werden. Überhaupt hat eine Vorschrift, welche den Dienstherrn zwingt, dem Untergebenen, obschon dieser ihm den größten Schaden zugefügt haben darf, den Lohn voll zu zahlen, die Billigkeit gegen sich und kann durch

keine noch so weitgehenden sozialpolitischen Erwägungen gerechtfertigt werden. In der Literatur geben unpfändbaren Forderungen gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht z. B. Crome (§ 124), Schollmeyer (§ 394), Staub (§ 59 A 34 zu No. 5), Dernburg Bd. 2, § 59 und § 128, No. 4, Langheinecken (S. 130), Schlegelberger (S. 139) und andere. Dagegen verneint die Zulässigkeit insbesondere Endemann I, § 145 A. 25 und Wolff, Archiv für bürgerliches Recht 26, S. 315 ff. Die Verteidiger der ersten Ansicht stützen sich, wie auch schon gezeigt, meines Erachtens mit Recht auf die Erwägungen, daß die Retention nur eine Einrede begründe, ohne den einen oder andern Anspruch zum Erlöschen zu bringen, daß dagegen durch die Aufrechnung beide Ansprüche aufgehoben würden, und daß das Gesetz die Zurückbehaltung derjenigen Forderungen, welche der Pfändung entzogen sind, nicht ausdrücklich beschränke und eine Ausdehnung des § 394 unstatthaft sei. Die Vertreter der zweiten Ansicht führen vor allem „sozialpolitische Gründe und den Zwischensatz sofern . . . .“ gegen die Zulässigkeit der Retention an. So auch neuerdings Wolff, der auch zur Begründung seiner Ansicht sich hauptsächlich auf diesen Zwischensatz beruft, indem er sagt: „Widerspricht die Zurückbehaltung der Intention des Gesetzes, so ergibt sich aus dem Schuldenverhältnis, daß sie in einem solchen Falle nicht zulässig ist. Indem § 273 das Zurückbehaltungsrecht nur zuläßt, sofern . . . , schließt er das Recht für alle Fälle aus, in denen das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis nach dem Willen der Parteien oder dem Willen des Gesetzes die Leistung des einen nicht von der Leistung des andern Anspruchs abhängig macht, in denen es sich also um Leistungen handelt, die sich hinsichtlich ihrer Erzwingbarkeit nicht gleichstehen. Wolffs Ansicht scheint mir schon aus dem Grunde nicht richtig zu sein, weil dann wieder ein Unterschied zwischen § 273 und 320 gemacht werden müßte, da es sich in letzterem Falle doch unbestritten um voneinander abhängige Ansprüche handelt. Wenn nun auch beim Vorliegen von Geldleistungen das Zurückbehaltungsrecht sich praktisch

zur Aufrechnung gestalten kann, das Ergebnis dann allerdings ein anderes ist, als dasjenige, worauf § 394 hinzuweisen scheint, so ist es doch, wie Dernburg mit Recht sagt, „unausweislich und doch wohl auch zweckmäßig.“ Die Rechtsprechung ist in dieser, wie gezeigt, durchaus strittigen Frage auch keineswegs einheitlich. Durchweg versagen die Gewerbegerichte ein Zurückbehaltungsrecht. (Vergl. Urteil des G. G. Berlin vom 11. 5. 05., Stuttgart vom 2. 2. 00, von den ordentlichen Gerichten z. B. Urteil des A. G. Cöln 24. 12. 00, vom L. G. I Berlin vom 29. 9. 03, A. G. Cöln 16. 1. 06.) Von Gerichten höherer Instanz ist allerdings nur eine Entscheidung von Bedeutung in diesem Sinne ergangen; es ist dies eine Entscheidung des O. L. G. Hamburg vom 12. 10. 01 (Bd. 3, S. 352). Zu bemerken ist aber, daß in den Gründen des Urteils steht, ein Zurückbehaltungsrecht sei für den Fall, daß ein doloses Handeln vorliegt, gestattet. In demselben Sinne entscheidet Fröhlich (J. W. 1903, S. 118; A. a. Gruchots Beiträge, Bd. 48, S. 456.) Ein Zurückbehaltungsrecht unpfändbaren Forderungen gegenüber ist gestattet nach den Entscheidungen folgender Gerichte: K. G. vom 14. 3. 03. (Bd. 6, S. 421.) O. L. G. Rostock, vom 21. 11. 01. (Bd. 4, S. 28.) O. L. G. Kiel, vom 7. 7. 02 und vom 27. 10. 02. (Bd. 5, S. 225.) Cöln, vom 10. 10. 02 und vom 31. 10. 02. (Bd. 5, S. 456.) Ferner L. G. Berlin, vom 28. 2. 05. L. G. Aachen, vom 11. 11. 05. L. G. Cöln, vom 17. 10. 03 und vom 1. 6. 1906. Außerdem G. G. Rostock, vom 31. 1. 01. G. G. Cöln, 3. 4. 03 (G. G., 10. Jahrgang, S. 181.) Die O. L. G. Cöln, Rostock, Kiel und das K. G. haben sich für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts ausgesprochen, im wesentlichen mit der Begründung, „das Gesetz habe den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts nicht ausdrücklich angeordnet“, das Zurückbehaltungsrecht müsse daher auch gegenüber der unpfändbaren Lohnforderung gelten, trotzdem „freilich im wirtschaftlichen Ergebnis beide Rechte denselben Erfolg, die Vorenthaltung der Lohnforderung haben.“ D. R. G. hat durch Urteil vom 17. 2. 03 die Entscheidung und Begründung des erwähnten Urteils des O. L. G. Kiel gebilligt.

Die Rechtsprechung entwickelt sich scheinbar immer mehr für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts, während allerdings die meisten Gewerbegerichte auf dem Standpunkte stehen, daß sich aus der Unstatthaftigkeit der Aufrechnung des Lohnanspruchs des Arbeiters gegen eine Forderung des Arbeitgebers auch die Unstatthaftigkeit des Zurückbehaltungsrechts ergebe. Es trägt selbstverständlich zu der Festigung der Rechtssicherheit keineswegs bei, daß zwischen der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte und derjenigen der Gewerbegerichte in einer für den täglichen Verkehr so ungemein wichtigen Frage ein derartiger Gegensatz besteht, und die unangenehmen Folgen, die sich hieraus ergeben, liegen auf der Hand. Allein, da die Gewerbegerichte nicht gezwungen sind, sich der Ansicht der ordentlichen Gerichte anzubequemen, und dies zunächst wohl um so weniger zu tun geneigt sind, als die von ihnen für zutreffend erachtete Auslegung auch von verschiedenen ordentlichen Gerichten verfochten wird, so gibt es kaum ein Mittel, diesem Zwiespalt ein Ende zu machen. Roß, der in seinem erwähnten Aufsatz den Gewerbegerichten hierwegen Vorwürfe macht, befindet sich im Unrecht; und man kann Fröhlich nur Recht geben, wenn er sagt: „Es ist jedenfalls besser, daß die Volksgerichte ein Recht sprechen, welches sie verstehen, als daß sie etwa auf die Autorität des Vorsitzenden hin Theorien zu befolgen suchen, welche nur für Fachjuristen verständlich sind.“

V. Untergang beider Rechte.

§ 13.

Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht gehen unter, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen oder wenn sie ihren Zweck erreicht haben. Letzteres ist bei der Aufrechnung der Fall mit Abgabe der Erklärung des Berechtigten, beim Zurückbehaltungsrecht, wenn die dem Berechtigten schuldige Leistung bewirkt ist. Dem Bewirken steht es gleich, wenn § 274,2 vorliegt. Ebenfalls hierin gehören z. B. §§ 275, 373, 378, 383. Das Zurückbehaltungsrecht erlischt ferner, wenn Gläubiger und Schuldner eine Person werden, oder wenn der Zurückbehaltungsberechtigte seinen Anspruch abtritt, der neue Gläubiger die konnexe Schuld des Cedenten nicht übernimmt. Ein weiterer Erlöschungsgrund liegt vor, wenn die vom Gläubiger geleistete Sicherheit durch Verschulden des Schuldners untergeht. Fällt dagegen die gestellte Sicherheit ohne Verschulden des Schuldners fort, oder reicht sie nicht aus, so lebt das Zurückbehaltungsrecht wieder auf. (232–240.) Wie der Verzicht das Retentionsrecht zum Untergange bringt, so geht auch durch Verzicht das Recht zur Aufrechnung unter. Wann stillschweigender Verzicht vorliegt, muß in jedem Falle geprüft werden. Wird z. B. bei der Abtretung einer Forderung der Schuldner herbeigezogen, so liegt in seiner Einwilligung gewöhnlich ein Verzicht auf die Aufrechnung. Es liegt anderseits beispielsweise kein Verzicht vor, wenn der Schuldner von seinem Gläubiger an die Zahlung erinnert wird. Untergang des Aufrechnungsrechts

ist jedenfalls immer anzunehmen, wenn einerseits die Forderung, zu deren Sicherung die Aufrechnung bestimmt ist, erlischt, oder anderseits die Schuld, an der das Aufrechnungsrecht besteht, untergeht. (Vergl. im einzelnen Weigelin, § 16—18.)

VI. Schluss.

§ 14.

Die Behandlung des Themas hat demnach zu folgendem Ergebnis geführt:

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist Rechtshandlung, die Ausübung der Aufrechnung dagegen Rechtsgeschäft. Die Verschiedenheit besteht darin, daß bei der Aufrechnung die Folgen eintreten, weil die Parteien dies so wollen, während beim Zurückbehaltungsrecht die Folgen unabhängig vom Parteiwillen, sondern kraft positiver Gesetzesvorschrift eintreten. Es ist z. B. möglich, daß derjenige, der die Leistung verweigert, im Prozesse gemäß § 274 B. G. B. zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt wird, selbst wenn er eine derartige Verurteiluug weder beabsichtigt noch vorausgesehen hat. Das Retentionsrecht behaftet den Anspruch, dem es entgegentritt, mit einer Einrede. Die Aufrechnung erzeugt niemals eine Einrede. Die Aufrechnung wird ausgeübt durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung; das Zurückbehaltungsrecht bedarf überhaupt keiner Erklärung, sondern besteht einfach in einem faktischen Nichtleisten. Das Retentionsrecht erfordert Konnexität der Ansprüche, sieht dagegen von ihrer Gleichartigkeit ab, die Aufrechnung betont letztere um so mehr, verlangt aber keine Konnexität. Ein Zurückbehaltungsrecht ist einer verjährten Forderung wegen nicht gegeben; wohl aber kann man mit einer verjährten Forderung aufrechnen. Unpfändbare Ansprüche können zurückbehalten werden; eine Aufrechnung gegen solche ist unzulässig. Die Hauptwirkung

der Aufrechnung ist Tilgung der beiderseitigen Forderungen; das Zurückbehaltungsrecht ist vornehmlich ein Sicherungsmittel. Vermöge der rückwirkenden Kraft der Aufrechnungserklärung treten die Wirkungen mit der Aufrechenbarkeit ein; die Zurückbehaltung übt auf das weitere Fortbestehen der Forderungen an und für sich keinen Einfluß aus. Stehen gleichartige Forderungen aus demselben rechtlichen Verhältnisse einander gegenüber, und ist die Aufrechnung gegen eine solche Forderung ausgeschlossen (§ 394), so wird das für diesen Fall erlaubte Zurückbehaltungsrecht praktisch zur Aufrechnung. Ebenso gestaltet sich das Zurückbehaltungsrecht zur Aufrechnung, wenn die Aufrechnung gegenüber einem Zurückbehaltungsberechtigten erfolgt.